

RADCA PRAWNY

ATTORNEY-AT-LAW

Zeszyty Naukowe

nr 2 (31)/2022

Law Review

no. 2 (31)/2022



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

40
LAT



RADCA PRAWNY

ATTORNEY-AT-LAW

Zeszyty Naukowe

nr 2 (31)/2022

Law Review

no. 2 (31)/2022

KOLEGIUM REDAKCYJNE

- » redaktor naczelny, przewodniczący kolegium redakcyjnego – dr hab. Tomasz Scheffler, radca prawny
- » zastępca przewodniczącego kolegium redakcyjnego – prof. dr hab. Małgorzata Szwejkowska, radca prawny
- » sekretarz redakcji – dr Aleksander Jakubowski, radca prawny

CZŁONKOWIE KOLEGIUM

- » dr hab. Aneta Giedrewicz-Niewińska, radca prawny
- » dr Jakub Janeta, radca prawny
- » dr Karolina Rokicka-Murszewska, radca prawny

REDAKTOR NAUKOWY NUMERU

- » prof. dr hab. Rafał Stankiewicz

REDAKTOR JĘZYKOWY

- » Piotr Brodowski

Kwartalnik „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” znajduje się w ministerialnym wykazie naukowych czasopism punktowanych

Punkty MEiN: 40

Opinie wyrażane w opublikowanych materiałach są opiniami ich autorów i nie muszą odzwierciedlać stanowiska Krajowej Rady Radców Prawnych.

RADCA PRAWNY

ATTORNEY-AT-LAW

Zeszyty Naukowe
nr 2 (31)/2022

Law Review
no. 2 (31)/2022



Kwartalnik naukowy | Scientific quarterly
Warszawa 2022

RADA NAUKOWA

- » dr hab. Tomasz Bąkowski, prof. Uniwersytetu Gdańskiego
- » dr hab. Arkadiusz Bereza, prof. Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej
- » prof. dr hab. Rafał Blicharz, prof. nadzw. Uniwersytetu Śląskiego
- » dr hab. Monika Całkiewicz, prof. nadzw. Akademii Leona Koźmińskiego
- » prof. Emilio Castorina, Università degli Studi di Catania, Włochy
- » dr hab. Jarosław Dobkowski, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie
- » dr hab. Marcin Dyl, prof. nadzw. Uniwersytetu Warszawskiego
- » dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. nadzw. Uniwersytetu Szczecińskiego
- » dr Alicja Jagielska-Burduk, Uniwersytet Opolski
- » prof. dr Jiří Jirásek, Palacký University in Olomouc, Czechy
- » prof. dr hab. Andrzej Kidyba, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
- » dr hab. Eryk Kosiński, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
- » prof. dr hab. Grzegorz Łaszczycza, Uniwersytet Śląski w Katowicach
- » prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Uniwersytet Wrocławski
- » dr hab. Vytautas Nekrošius, prof. Uniwersytetu Szczecińskiego, Vilniaus Universiteto, Litwa
- » prof. dr hab. Ewa Nowińska, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
- » prof. dr hab. Włodzimierz Nykiel, Uniwersytet Łódzki
- » dr hab. Mirosław Pawełczyk, prof. nadzw. Uniwersytetu Śląskiego
- » prof. Vasco Pereira da Silva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugalia
- » prof. dr hab. Bronisław Sitek, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie
- » prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński, Polska Akademia Umiejętności
- » prof. dr hab. Rafał Stankiewicz, Uniwersytet Warszawski
- » dr hab. Piotr Stec, prof. Uniwersytetu Opolskiego
- » prof. dr hab. Janusz Strzępka, Uniwersytet Śląski
- » prof. Miruna Mihaela Tudorașcu, Universitatea „1 Decembrie 1918” din Alba Iulia, Rumunia
- » prof. dr hab. Marek Wierzbowski, Uniwersytet Warszawski
- » prof. María de la Caridad Velarde Queipo de Llano, Universidad de Navarra, Hiszpania
- » prof. dr hab. Robert Zawłocki, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

SPIS TREŚCI

Od redakcji 9

ARTYKUŁY

Paweł Skuczyński

Prawnik jako tłumacz. O metaforycznym rozumieniu eksperckiego charakteru zawodów prawniczych 13

Marcin Matczak

Język prawnego populizmu – perspektywa filozoficznoprawna 25

Sławomir Patyra

Zadania samorządu radców prawnych w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej 47

Rafał Stankiewicz

Misja samorządu radców prawnych i jego członków 63

Mariusz Wieczorek

Rola radców prawnych w demokratycznym państwie prawnym 73

Tomasz Niedziński

Tajemnica zawodowa radców prawnych oraz ich niezależność 83

Aleksander Jakubowski

Status samorządu radców prawnych w świetle Kodeksu postępowania administracyjnego – z perspektywy rozpatrywania skarg, wniosków i petycji 95

Bogusław Sołtys

Uczestnictwo w spółkach kapitałowych jako forma wykonywania zawodu radcy prawnego 109

Sławomir W. Ciupa

Zmiana zawodu lub formy jego wykonywania z perspektywy etyki zawodowej radców prawnych 123

Katarzyna Małysa-Sulińska, Marcin Wujczyk

Zawieszenie działalności wykonywanej w formie kancelarii radcy prawnego w związku ze sprawowaniem opieki nad osobą z niepełnosprawnością 133

Monika Florczak-Wątor

O niekonstytucyjności zasad wynagradzania radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu i wynikających z tego skutkach prawnych 147

Piotr Rylski

Orzekanie o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu w postępowaniu cywilnym – uwagi *de lege ferenda* 161

Jarosław Zagrodnik

Prawo do korzystania z pomocy obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 181

Wojciech Piątek

Reprezentacja strony przez profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym 199

GŁOSY**Piotr Rączka, Karolina Rokicka-Murszewska**

Głosa do wyroku NSA z 6 maja 2021 r., II GSK 1057/20 (częściowo krytyczna) 213

TABLE OF CONTENTS

From the Editor 223

ARTICLES

Paweł Skuczyński

Lawyer as a Translator. On the Metaphorical Understanding of the Expert Nature of Legal Professions 227

Marcin Matczak

The language of legal populism – a philosophical and legal perspective 239

Sławomir Patyra

Tasks of the National Bar of Attorneys-at-Law in the light of art. 17.1 of the Constitution of the Republic of Poland 261

Rafał Stankiewicz

The mission of the self-government of attorneys-at-law and its members 277

Mariusz Wiczorek

The role of attorneys-at-law in a democratic state ruled by law 287

Tomasz Niedziński

Professional secrecy of attorneys-at-law and their independence 297

Aleksander Jakubowski The status of the self-government of attorneys-at-law in light of the Code of Administrative Procedure – from the perspective of considering complaints, requests and petitions	307
Bogusław Sołtys Membership in capital companies as a form of exercising the profession of attorney-at-law	321
Sławomir W. Ciupa Change of the profession or form of its practice from the perspective of the professional ethics of attorneys-at-law	333
Katarzyna Małysa-Sulińska, Marcin Wujczyk Suspension of activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law in connection with taking care of a person with disabilities	343
Monika Florczak-Wątor On the unconstitutionality of the remuneration policy for attorneys-at-law who provide ex-officio legal aid	357
Piotr Rylski Adjudicating on the remuneration of a court-appointed attorney in civil proceedings – comments <i>de lege ferenda</i>	373
Jarosław Zagrodnik The right to the assistance of the defense counsel in the light of the European Court of Human Rights case law	395
Wojciech Piątek Representation of a party by a professional counsel in administrative court proceedings	413
GLOSSES	
Piotr Rączka, Karolina Rokicka-Murszewska Gloss to the judgement of the Supreme Administrative Court of 6 May 2021, II GSK 1057/20 (partially critical)	427

OD REDAKCJI

Idea wydania numeru specjalnego czasopisma pojawiła się w ubiegłym roku, kiedy to rozpoczęliśmy przygotowania do obchodów 40-lecia samorządu zawodowego radców prawnych. Brak wątpliwości, że jest to moment, kiedy w naszym czasopiśmie naukowym powinny pojawić się wypowiedzi dotyczące wyzwań stojących przed zawodem radcy prawnego oraz samorządem zawodowym. Przypadł mi zaszczyt koordynacji prac nad wydaniem numeru specjalnego. Zadanie nie okazało się zbyt trudne, ponieważ znakomita większość osób, które – w moim przekonaniu – powinny zabrać głos w dyskusji zarówno o naszym zawodzie, jak i kondycji oraz przyszłości naszego samorządu, przyjęła życzliwie to zaproszenie.

Polecany Państwa uwadze numer specjalny czasopisma zawiera 14 artykułów naukowych oraz głosę. Celem postawionym przed pierwszym z artykułów, czyli „Prawnik jako tłumacz. O metaforycznym rozumieniu eksperckiego charakteru zawodów prawniczych” autorstwa Pawła Skuczyńskiego, jest wyjaśnienie charakteru zawodów prawniczych jako eksperckich. W szczególności podjęta została próba odpowiedzi na pytanie, na czym w przypadku tych zawodów polega rola społeczna wymagająca zastosowania abstrakcyjnej wiedzy do rozwiązywania konkretnych problemów. Punktem wyjścia rozważań są teorie społeczne ujmujące tę rolę jako pośredniczenie oraz integrowanie struktury społecznej. Następnie, przy pomocy metodologii metafory kognitywnej, charakterystyka ta została doprecyzowana poprzez zestawienie z innego rodzaju działalnością ekspercką. Wskazano praktyczne problemy w pracy prawnika związane z pośredniczeniem w strukturze społecznej między abstrakcyjną wiedzą o prawie a rozwiązywaniem jednostkowych problemów prawnych.

W artykule pt. „Język prawnego populizmu – perspektywa filozoficznoprawna” jego autor Marcin Matczak wyjaśnia, na czym polega przeprowadzana przez środowiska

populistyczne zmiana kultury prawnej, definiowanej jako zbiór istotnych dla prawa konwencji językowych i behawioralnych. Główną tezą artykułu jest twierdzenie, że populistyczna zmiana kultury prawnej polega na uczynieniu ważnych dla prawa pojęć znakami pustymi bądź nieustannie zmiennymi oraz na niszczeniu konwencji prawnych przy pomocy szeregu instrumentów. Z przeprowadzonej analizy płyną wnioski co do tego, jak można przeciwdziałać populistycznej zmianie kultury prawnej.

W trzecim z zawartych w numerze specjalnym artykułów pt. „Zadania samorządu radców prawnych w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” jego autor Sławomir Patyra podkreśla, że świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych w Polsce, jako demokratycznym państwie prawnym chroniącym wolności i prawa człowieka, stanowi zasadniczy element określający pozycję prawną i szczegółowe funkcje ustrojowe nie tylko samych radców prawnych, lecz także zrzeszającego ich samorządu. Tym samym samorząd zawodowy – jako jedyna dopuszczalna formuła zorganizowania radców prawnych w ramach ich działalności – stanowi *sui generis* element ustroju Rzeczypospolitej, opartego na idei prymatu Konstytucji w systemie źródeł prawa oraz na zasadzie legalizmu, wyznaczającej granice możliwości działania organów władzy publicznej.

W artykule pt. „Misja samorządu radców prawnych i jego członków” Rafał Stankiewicz podkreśla, że elementy definiujące misję samorządu zawodowego i misję zawodu radcy prawnego są wyznaczone przez cele postawione przed zawodem radcy prawnego, jakimi są udział w systemie wymiaru sprawiedliwości i wspieranie demokratycznego państwa prawnego. Ustawa zasadnicza zawiera w art. 17 unormowanie wyrażające się w nałożeniu na samorządy zawodów zaufania publicznego obowiązku harmonijnego łączenia wielu funkcji. Samorząd zawodowy ma nie tylko kształtować środowiskowe interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, lecz przede wszystkim zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym.

W artykule pt. „Rola radców prawnych w demokratycznym państwie prawnym” jego autor Mariusz Wieczorek podkreśla, że stwierdzenie ustrojowej roli radców prawnych w Polsce znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach Konstytucji RP oraz przepisach ustawy o radcach prawnych. Przepisy te tworzą spójny mechanizm, który w ujęciu modelowym powinien gwarantować radcom prawnym w wymiarze indywidualnym i ich samorządowi zawodowemu realny wpływ na stopień realizacji konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Występując w charakterze pełnomocnika procesowego, sporządzając opinie na potrzeby stosowania prawa przez organ administracji publicznej czy też ekspertyzy w procesie legislacyjnym, radca prawny powinien mieć na uwadze to, że wykonuje zawód zaufania publicznego, któremu ustrojodawca przypisał szczególne znaczenie, daleko wykraczające poza zwykłą działalność zarobkową. W artykule zawarto szereg istotnych wniosków dla osób wykonujących zawód radcy prawnego.

Do podstawowych elementów definiujących zawód zaufania publicznego, jakim jest radca prawny, odnosi się Tomasz Niedziński w tekście pt. „Tajemnica zawodowa radców prawnych oraz ich niezależność”. W artykule zwraca uwagę na takie elementy jak konieczność zachowania tajemnicy zawodowej oraz uwzględniania zasad deontologii zawodowej w trakcie świadczenia pomocy prawnej przez radcę prawnego. Autor omawia wiele aspektów stosowania regulacji prawnych dotyczących obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w kontekście obowiązywania Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

Następny z zamieszczonych w numerze specjalnym artykułów – tekst autorstwa Aleksandra Jakubowskiego pt. „Status samorządu radców prawnych w świetle Kodeksu postępowania administracyjnego – z perspektywy rozpatrywania skarg, wniosków i petycji”, odnosi się do statusu organów samorządu zawodowego jako organów administracji publicznej w ujęciu funkcjonalnym i konieczności realizacji regulacji prawnych określających sposób działania organów administracji, jak choćby przepisów dotyczących przyjmowania skarg i wniosków zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego.

W artykule pt. „Uczestnictwo w spółkach kapitałowych jako forma wykonywania zawodu radcy prawnego” Bogusław Sołtys podejmuje aktualną obecnie dyskusję nad rozszerzeniem katalogu form wykonywania zawodu radcy prawnego na spółkę kapitałową. Publikację tę traktujemy jako istotny, wstępny głos w wypracowaniu stanowiska samorządu zawodowego w tym zakresie.

Z kolei w tekście pt. „Zmiana zawodu lub formy jego wykonywania z perspektywy etyki zawodowej radców prawnych” jego autor Sławomir W. Ciupa porusza zagadnienia związane z mobilnością zawodową radcy prawnego w świetle zasad zapisanych w Kodeksie Etyki Radcy Prawnego. Autor omawia zmianę zawodu lub formy jego wykonywania w aspekcie przejścia z sektora publicznego do prywatnego, z sektora prywatnego do publicznego i w ramach sektora prywatnego. Zjawiska te, choć w części unormowane, prawnie uykają bowiem regulacji etycznej. Autor analizuje, czy zastosowanie powyższych zasad etyki jest wystarczające z punktu widzenia zabezpieczenia przed nieetycznym korzystaniem z relacji lub sieci kontaktów z zawodowej przeszłości, a także unikania z tym związanego ograniczenia niezależności, konfliktów interesów, naruszenia tajemnicy zawodowej lub lojalności.

Istotne praktyczne zagadnienie wykonywania zawodu w formie kancelarii przez radców prawnych sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną poruszają Katarzyna Małyś-Sulińska oraz Marcin Wujczyk w tekście pt. „Zawieszenie działalności wykonywanej w formie kancelarii radcy prawnego w związku ze sprawowaniem opieki nad osobą z niepełnosprawnością”. W artykule odniesiono się do szeregu aspektów realizacji obowiązków radcy prawnego jako przedsiębiorcy prowadzącego kancelarię w związku ze sprawowaniem opieki nad osobami niepełnosprawnymi.

W tekście pt. „O niekonstytucyjności zasad wynagradzania radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu i wynikających z tego skutkach prawnych”, kolejnym z zamieszczonych w numerze, Monika Florczak-Wątor porusza problemy związane z konstrukcją regulacji normatywnych odnoszących się do tworzenia oraz realizacji przepisów dotyczących wynagradzania radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu. Uwagi swoje autorka czyni w związku z wykładnią przepisów ustawy zasadniczej. We wspomnianym tekście wskazano, że zróżnicowanie wynagrodzeń radców prawnych z urzędu i z wyboru za te same czynności podejmowane w ramach udzielanej pomocy prawnej wywołuje pewność, że rozwiązanie to jest niekonstytucyjne. Podstawowa ranga przepisów zawierających te unormowania umożliwi sądom ich pomijanie oraz ustalanie wysokości wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu w oparciu o zasady dotyczące ustalania wynagrodzenia pełnomocnika z wyboru. Orzecznictwo sądowe już w chwili obecnej podąża w tym kierunku, co jednak nie uchyla ciężącego na Ministrze Sprawiedliwości obowiązku zmiany wadliwych konstytucyjnie przepisów.

Powiązany z poprzednim tekstem jest również artykuł Piotra Rylskiego pt. „Orzekanie o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu w postępowaniu cywilnym – uwagi *de lege ferenda*”. Autor zauważa konieczność podjęcia pilnych zmian w odniesieniu do orzekania i wypłacania pełnomocnikom należnych im wynagrodzeń i zwrotu kosztów. W przeciwnym razie świadczenie usług przez pełnomocników ustanowionych przez sąd z urzędu będzie działalnością ryzykowną dla pełnomocników, a przede wszystkim będzie wpływać na jakość świadczonej pomocy osobom, którym się ona należy. W opinii autora zmiany te powinny iść w kierunku zgodnym z tendencjami europejskimi, czyli wprowadzenia pełnej zasady odpowiedzialności Skarbu Państwa za te koszty. W ocenie autora tekstu niezbędne jest wprowadzenie regulacji nakazującej niezwłoczną wypłatę należnych pełnomocnikowi z urzędu kosztów, tak jak to obecnie dzieje się z należnościami świadków, biegłych czy tłumaczy.

W kolejnym z zamieszczonych w numerze specjalnym artykułów pt. „Prawo do korzystania z pomocy obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” jego autor Jarosław Zagrodnik omawia rzeczywisty sposób realizacji orzeczeń Trybunału w kształtowaniu krajowych przepisów dotyczących udziału obrońców w procesie karnym. Autor zdecydowanie krytycznie ocenia regulację tego uprawnienia w prawie polskim na etapie skierowania ścigania karnego przeciwko określonej osobie.

W ostatnim z zamieszczonych w numerze artykułów pt. „Reprezentacja strony przez profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym” jego autor Wojciech Piątek porusza szereg istotnych i niebędących do tej pory przedmiotem refleksji problemów związanych z udziałem fachowych pełnomocników w postępowaniach przed sądami administracyjnymi. W szczególności odniesiono się do zakresu przedmiotowego przymusu adwokacko-radcowskiego przed NSA, określenia konsekwencji uchybień popełnionych przez fachowego pełnomocnika dla sfery praw i obowiązków podmiotu reprezentowanego. Zakreślono również wyzwania stojące współcześnie przed fachowymi pełnomocnikami oraz ich organami samorządowymi.

Numer specjalny zamyka częściowo krytyczna glosa autorstwa Piotra Rączki i Karoliny Rokickiej-Murszewskiej do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 maja 2021 r., II GSK 1057/20.

Numer specjalny kwartalnika ma tym razem zwiększoną objętość, wynikającą z tego, że podjęliśmy decyzję o jego opublikowaniu jednocześnie w dwóch językach (również w języku angielskim). Wyrażamy przekonanie, że spotka się on z zainteresowaniem wśród naszych przyjaciół zrzeszonych w zaprzyjaźnionych prawniczych korporacjach zawodowych w poszczególnych państwach Unii Europejskiej. Od dawna odbieramy od nich oznaki zainteresowania, życzliwości i troski wynikającej z sytuacji panującej obecnie w polskim wymiarze sprawiedliwości. Okazja naszego jubileuszu jest dobrym momentem, aby ukazać również im problemy i wyzwania stojące obecnie przed radcami prawnymi oraz zrzeszającym ich silnym i skonsolidowanym samorządem zawodowym.

Rafał Stankiewicz
redaktor naukowy numeru

Paweł Skuczyński¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0003-3817-0462

PRAWNIK JAKO TŁUMACZ. O METAFORYCZNYM ROZUMIENIU EKSPERCKIEGO CHARAKTERU ZAWODÓW PRAWNICZYCH

ABSTRAKT

Celem artykułu jest wyjaśnienie charakteru zawodów prawniczych jako eksperckich. W szczególności podjęta została próba odpowiedzi na pytanie, na czym w przypadku tych zawodów polega rola społeczna wymagająca zastosowania abstrakcyjnej wiedzy do konkretnych przypadków. Punktem wyjścia do rozważań są teorie społeczne ujmujące tę rolę jako pośredniczenie oraz integrowanie struktury społecznej. Następnie, przy pomocy metodologii metafory kognitywnej, charakterystyka ta została doprecyzowana poprzez zestawienie z innego rodzaju działalnością ekspercką, tj. translacją. Dzięki temu wskazane zostały praktyczne problemy w pracy prawnika związane z pośredniczeniem w strukturze społecznej między abstrakcyjną wiedzą o prawie a rozwiązywaniem jednostkowych problemów prawnych. Problemy te scharakteryzowane zostały przede wszystkim jako trudności w posługiwaniu się różnymi językami przez instytucje oraz obywateli.

Słowa kluczowe: zawody prawnicze, eksperci, metafora kognitywna

¹ Pracownik Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w Katedrze Filozofii Prawa i Nauki o Państwie. Jest również prezesem fundacji Instytut Etyki Prawniczej oraz wydawcą serii Biblioteka Etyki Prawniczej.

Podjęcie prób wyjaśnienia, na czym polegają zawody prawnicze, jest przedsięwzięciem zapewne tak starym jak one same. Współcześnie zazwyczaj nie są one skierowane na poszukiwanie ich uniwersalnej istoty i w konsekwencji przypisywanych im wartości, lecz na charakteryzowanie ich przy pomocy trzech rodzajów czynników: systemowych, tj. miejsca tych zawodów w społecznym podziale pracy; funkcjonalnych, a więc przede wszystkim realizowanych przez nie zadań; oraz interakcyjnych, czyli tego, jakie czynności wykonują ich członkowie w ramach relacji z innymi podmiotami. Z prawniczego punktu widzenia znalezienie charakterystyki zawodów prawniczych przy pomocy tych trzech czynników nie nastęrcza większych problemów. Są one bowiem zawodami zaufania publicznego wykonywanymi jako wolne profesje. Zapewniają obsługę prawa jako takiego i przez to współdziałają w stosowaniu prawa oraz ochronie praw jednostki, a zatem stanowią – jak często to się określa – współczynnik wymiaru sprawiedliwości. Zadanie to wykonują poprzez świadczenie pomocy prawnej, a więc reprezentowanie klientów przed sądami i urzędami oraz szeroko rozumiane doradzanie im w sprawach prawnych w celu ochrony ich interesów lub dóbr prawnych.

Nieco trudniej dokonać takiej charakterystyki z punktu widzenia nauk społecznych. Najszerzej rozpowszechnione wydaje się ujęcie podkreślające znaczenie czynników funkcjonalnych i dotyczące nie tylko zawodów prawniczych, lecz także wolnych zawodów w ogóle. Zgodnie z nim ich rolą jest stosowanie ogólnych reguł postępowania do konkretnych sytuacji, przy czym z jednej strony reguły te coraz bardziej się komplikują wskutek dynamiki rozwoju społecznego, a z drugiej same nie określają sposobu tego zastosowania. W konsekwencji zawody takie, a w szczególności prawnicy, zyskują we współczesnych społeczeństwach coraz większe znaczenie. Jako grupa zawodowa sami muszą rozwijać wiedzę pozwalającą im odgrywać ich rolę w zmieniającym się otoczeniu społecznym i zarazem z tego względu nie mogą być poddani skutecznej kontroli z zewnątrz². Zwiększa się zarówno ich odpowiedzialność, jak i autonomia. Oczywiście niesprostanie tej odpowiedzialności może prowadzić do prób ograniczenia ich autonomii i zwiększenia kontroli nad nimi, jednakże w dłuższej perspektywie będzie ono nieskuteczne i może przejawiać tendencję do przekształcania się w zwykłą represję.

Sprostanie natomiast zwiększającej się odpowiedzialności wymaga coraz większej świadomości i zrozumienia własnej roli w społeczeństwie. Można przy tym przyjąć, że pomocne będzie scharakteryzowanie jej jako eksperckiej³. Podkreślony zostaje w ten sposób związek wykonywania tych zawodów z coraz bardziej skomplikowaną i wyspecjalizowaną wiedzą i zarazem zajmowanie szczególnej pozycji wobec laików niemających do niej prostego dostępu. Oczywiście bariery w owym dostępie należy rozumieć szeroko, a więc obejmujące nie tylko ograniczenia w zakresie pozyskiwania informacji (co wydaje się mieć coraz mniejsze znaczenie), lecz także ich interpretacji i zastosowania

2 T. Parsons, *Spojrzenie socjologa na zawód prawnika*, [w:] *idem, Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972, s. 480, 486; T. Parsons, *Wolne zawody a struktura społeczna*, [w:] *idem, Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972.

3 A. Giddens, *Konsekwencje nowoczesności*, Kraków 2008, s. 15 i n., U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Moderнизacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warszawa 2009, s. 114 i n. Zob. także P. Kaczmarek, *Zaufanie do zawodów prawniczych w społeczeństwie ryzyka*, [w:] H. Izdebski, P. Skuczyński, *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warszawa 2011, s. 11 i n.

(czego znaczenie wzrasta). Dlatego jednym z kluczowych zagadnień dotyczących eksperckiego charakteru zawodów prawniczych jest to, w jaki sposób bariery te można przekraczać. Jak prawnicy mogą pojmować swoją rolę, aby to umożliwić? Czy mogą oni przyjmując jakiegoś rodzaju postawę lub nabyć jakieś kompetencje kulturowe w tym celu?

W dalszych rozważaniach zostanie podjęta próba rozwiązania tego problemu przy pomocy metodologii bazującej na teorii metafory kognitywnej. W skrócie polega ona na tym, że bardziej abstrakcyjne pojęcia (należące do domeny docelowej) bazują na pojęciach mniej abstrakcyjnych (należących do dziedziny źródłowej). Zachodzi między nimi relacja systematycznego mapowania, a więc przenoszenia pewnych cech z tych drugich na te pierwsze, dzięki czemu jesteśmy w stanie je rozumieć⁴. W przypadku zawodów prawniczych zastosowanie opartej na tych założeniach metodologii polega na analizie, na ile ich ekspercki charakter daje się zrozumieć jako bazujący na naszym pojmowaniu innych tego typu zawodów. Można przy tym sięgać do różnych profesji⁵. W niniejszym artykule omówione zostanie – jako często występujące w literaturze – pojmowanie roli prawnika jako tłumacza.

Zasadność takiego zestawienia i potraktowania go jako poznawczo doniosłej metafory widać już na poziomie intuicyjnym, gdy potraktujemy prawnika jako dokonującego czegoś podobnego do przekładu wypowiedzi z jednego języka na inny. Wykorzystuje on więc swoją ogólną wiedzę o języku, aby sformułować konkretne wypowiedzi w innym, wtórnym w stosunku do źródłowego. W największym uproszczeniu można powiedzieć, że chodzi o przekład z języka naturalnego, którym posługuje się klient, na szeroko rozumiany język prawa, w tym język prawny i prawniczy, oraz odwrotnie – z języka prawa na taki, którym posługuje się klient. Oczywiście uproszczenie polega tu przede wszystkim na tym, że języki naturalny i prawny nie są odrębnymi językami, które można by wyróżnić na podstawie kryterium etnicznego. Jak wiadomo, język prawny jest raczej tylko pewną odmianą języka etnicznego⁶. Nie można zatem mówić o tłumaczeniu w sensie ścisłym. Jednakże odrębności istniejące między wypowiedziami formułowanymi w obydwu językach muszą być przez prawnika uwzględniane i w jakiś sposób niwelowane, co jest właśnie podstawą do sformułowania metafory translacyjnej jako metafory, a nie potraktowania działalności prawnika jako tłumaczenia *par excellence*. Nie jest to przy tym oczywiście tylko różnica ogólności wypowiedzi, tj. formułowania norm przy pomocy wyrażen abstrakcyjno-generalnych, a wypowiedzi klienta w sposób konkretny i indywidualny, ale odmienności istniejących na poziomie terminologii, znaczenia oraz składni.

W literaturze ekspercki charakter metafory translacyjnej podkreśla m.in. P. Kaczmarek, który, wykorzystując tezę Z. Baumaną o końcu ery prawodawców i nadejściu ery tłumaczy, sformułował pogląd, że prawnicy stoją przed dylematem wyboru między rolą

⁴ Zob. np. G. Lakoff, M. Johnson, *Metaphors We Live By*, Chicago 2003. Zob. także Z. Kövecses, *Metaphor. A Practical Introduction*, Oxford 2010, J.W. Hamilton, *Metaphors of Lawyers' Professionalism*, „Alberta Law Review” 1995, nr 4, s. 839 i n.

⁵ Zob. P. Skuczyński, *Metaphor of the Lawyer as an Architect and the Concept of Law*, „Ordines” 2021, nr 2, s. 363 i n. oraz cytowana tam literatura.

⁶ T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga jubileuszowa prof. Marii Boruckiej-Arcowej*, red. G. Skąpska i in., Kraków 1992, s. 149 i n.

prawodawcy i rolę tłumacza. Prawodawca to metaforyczne określenie dla intelektualisty i – jak twierdzi autor – również dla prawnika, który działa w oparciu o pewność porządku instytucjonalnego. Jego aktywność jest nakierowana na uprawomocnienie tego porządku poprzez wykazanie jego oparcia w uniwersalnych zasadach. Służy temu ogólna teoria, którą stosuje on do indywidualnych przypadków. Z kolei metaforyczny tłumacz działa w sytuacji permanentnego sporu o interpretację i powszechnego, wykorzystywanego przez wszystkich, a nie tylko ekspertów, prawa do interpretowania. Jest on tu rozumiany jako ktoś, kogo zadaniem jest nie tyle uprawomocnianie instytucji, ile tworzenie jej obrazu – tłumaczenie i objaśnianie jej funkcjonowania innym podmiotom. Tłumacz zaręcza, że interpretacja jest zgodna z regułami działania danej instytucji, i potrafi wykazać, że jest ona akceptowalna w danej wspólnotcie. Według autora sam wybór prawnika, czy działać jak prawodawca, czy jak tłumacz, jest wyborem moralnym, którego elementem jest to, czy ogranicza on swoją moralną odpowiedzialność za działanie w ramach instytucji, czy też taką odpowiedzialność na siebie przyjmuje⁷.

Szersze i nieco odmienne rozwinięcie metafory translacyjnej można natomiast znaleźć przede wszystkim w pracy J.B. White'a, jednego z twórców nurtu *law and literature*. Podejmuje one próbę rozwinięcia koncepcji sprawiedliwości jako translacji. Kontekstem dla tak określonego celu rozważań jest fragmentaryzacja kultury i problem jej integracji. Stwierdza on, że współczesne dyskursy zawodowe, bardzo wyspecjalizowane i techniczne, stają się często zarazem monologiczne, a przez to sterylne czy wręcz martwe. Odrzuca on takie rozwiązania tego problemu, jak np. zastąpienie profesjonalnego języka czy zawodowego głosu językiem nieformalnym, osobistym czy całkowicie indywidualnie kształtowanym. Prowadziłoby to bowiem do takiej samej pustki i hermetyczności. Za niesatysfakcjonujące uznaje także rozwiązania odwołujące się do interdyscyplinarności, a także dokonywanie różnego rodzaju przeszczepów między dyscyplinami. Wskazuje, że opierają się one na metaforze terytorialnej, w której poszczególne dyscypliny mają swój obszar wyznaczony ich granicami, które następnie mogą być ewentualnie przekraczane. Oznacza to traktowanie wiedzy zawodowej jako całkowicie przedmiotowej i biurokratycznie zdefragmentowanej⁸.

Autor proponuje w to miejsce podejście oparte na tym, jak przebiegają procesy tłumaczenia oraz twórczości literackiej. Postuluje więc przyjęcie niektórych osiągnięć teorii literatury, teorii krytycznej oraz hermeneutyki. W szczególności zwraca uwagę na zagadnienie kompozycji – przeplatania się w tekstach różnych głosów bez zatracenia przez nie swej odrębności. Próbuje więc wypracować taką koncepcję, w której integracja prawa z innymi obszarami kultury nie polegałaby na przekraczaniu przez prawników granic swojej dyscypliny, lecz aby nauczyli się oni tak komponować swoje teksty, aby posługiwały się one wieloma głosami czy językami jednocześnie i aby przy tym – ze względu na sposób owej kompozycji – mogli się oni czuć ich autentycznymi twórcami. Autor zdaje sobie przy tym sprawę, że dyskurs prawniczy obecnie jest przede

7 P. Kaczmarek, *Era prawodawców czy era tłumaczy? O dylemacie wyboru roli interpretatora*, [w:] *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. P. Jabłoński, Wrocław 2011, s. 163–168.

8 J.B. White, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago–London 1990, s. 7–14.

wszystkim dyskursem władzy. Postuluje jednak odejście od takiego myślenia, co stworzy w jego ocenie możliwości krytyki tekstów prawniczych takie jak w dyskursie literackim, a w szczególności takie jak w odniesieniu do tłumaczeń. Postawienie się przez prawnika w roli tłumacza spowoduje uświadomienie sobie, że translacja nigdy nie jest prosta i zawsze musi opierać się na szacunku. Istnieją do tego poważne podstawy, ponieważ prawo, w tym przede wszystkim jego stosowanie, zawiera mechanizm konfrontowania różnych języków i ustalania między nimi hierarchii. Uznanie różnorodności języków i akceptacja innych niż tylko język prawa jest politycznym i etycznym wyzwaniem dla prawników⁹.

Z tego punktu widzenia autor analizuje kwestię języka pojęciowego, charakterystycznego także dla prawa. Według niego posługiwanie się kategorią pojęcia ma bardzo daleko idące konsekwencje. Przede wszystkim zakłada ona odesłanie do rzeczywistości pozajęzykowej, np. do umysłu lub idei. Język jawi się tu jako przezroczysty, a treść pojęcia jako coś, co da się udowodnić czy wykazać np. poprzez przedstawienie (*demonstration*). W tej perspektywie pojęcia są wprawdzie przekładalne, co powoduje, że nauka innego języka to kwestia tylko techniczna. Jednak to także ta cecha języka pojęciowego przyczyniająca się do jego opresyjnego charakteru, ponieważ prowadzi do konieczności strzeżenia czystości pojęć w danej dyscyplinie i przyjmowania nadrzędności ich znaczeń nad innymi dyscyplinami. Zdaniem autora w przeciwieństwie do tego znaczenie to użycie i dlatego określenia takie jak „pole semantyczne” i inne terytorialne metafory są nie do zaakceptowania. Znaczenie nie jest oczywiście również prywatne, ale jest w nim zawsze pewne *residuum* – coś bardzo indywidualnego i osobistego, niedostępnego dla innych. Jednostki języka, np. poszczególne słowa czy zdania, są raczej pewnymi możliwościami użycia w konkretnym kontekście, co jest zarazem umiejscowieniem się podmiotu w danej kulturze. Powoduje to, że istnieje napięcie między konkretnością i ogólnością języka. W tekstach literackich napięcie to wykorzystuje się do prowadzenia dwóch narracji naraz i im lepsza jest między nimi kompozycja, z tym lepszą literaturą mamy do czynienia¹⁰.

Podobne napięcie można dostrzec w tekstach prawników, np. pismach procesowych czy uzasadnieniach sądowych, które komponuje się poprzez użycia generalnego i abstrakcyjnego języka aktów prawnych z jednej oraz indywidualnego i konkretnego języka faktów z drugiej strony. Kluczowa dla jakości tekstu jest interakcja między tymi językami i zbudowanymi w nich narracjami. Obecnie dominuje w nich styl akademicki, a więc pojęciowy i agresywny w takim sensie, że nastawiony na zajmowanie przez narrację autora swego rodzaju terytorium. Nie może być jednak dobrą kompozycją np. uzasadnienia sądowego skoncentrowanie się jedynie na aspekcie generalnym i abstrakcyjnym. Powinno ono być bardziej argumentacyjne i krytyczne czy też po prostu konwersacyjne, bo tylko to umożliwi właściwe przechodzenie między narracjami¹¹.

Konwersacyjny charakter tekstów prawniczych możliwy jest m.in. ze względu na to, że prawnik jest z jednej strony ich autorem, z drugiej natomiast pojawia się w nich w roli

⁹ *Ibidem*, s. 14–17, 24.

¹⁰ *Ibidem*, s. 28, 35, 37.

¹¹ *Ibidem*, s. 40, 90–91, 98.

czytelnika innych tekstów – prawnych oraz pochodzących np. od klienta¹². Znajdując się w tej pozycji, powinien on zdaniem autora działać jako tłumacz. Stawia tezę, że tłumaczenie jest sztuką rozpoznania, uznania i udzielenia odpowiedzi innej osobie i językowi, którym się ona posługuje. Umieszcza to tłumacza między językami i ludźmi, co pozwala wyraźniej niż z innych perspektyw dostrzec różnice między nimi, a zatem także ich tożsamości. W akcie translacji tłumacz jak autor tekstu potwierdza swoją własną tożsamość przy jednoczesnym jej ograniczeniu wynikającym z uznania odrębności innych i konieczności odpowiedzenia na ich teksty. Dlatego też translacja jest wzorcem dla sprawiedliwości, która ze swej istoty także dotyczy relacji między ludźmi. Autor wielokrotnie podkreśla szczególnie ten ostatni element, tj. że w tłumaczeniu i w sprawiedliwości chodzi o właściwe relacje między ludźmi.

Tłumaczenie to także złożona praktyka wymagająca zdolności i etyki, co dodatkowo obrazuje on, wykorzystując etymologię samego terminu. Mianowicie translacja pochodzi od łacińskiego *trans* (poprzez) oraz *latus* (przenosić), a więc jest ona swego rodzaju przeniesieniem znaczenia. Za J. Ortegą y Gassetem przyjmuje jednak, że nigdy przeniesienie takie nie jest w pełni możliwe i nie występuje w relacji jeden do jednego. Tłumacz bowiem zawsze dokonuje dwojakiej transformacji znaczenia – polega ona na wytworzeniu niedoboru (*deficiency*) oraz nadmiaru (*exuberance*) znaczenia. Te pierwsze to sytuacje, gdy określone znaczenia nie są odzwierciedlone w tłumaczonym tekście, a te drugie to takie, których w tekście źródłowym nie było, a znalazły się w tekście docelowym¹³.

Uświadomienie sobie ich występowania to zarazem uświadomienie sobie własnych granic, a to z kolei powoduje, że tłumaczenie może być modelem dla etyki. Tłumaczenie wymaga bowiem zarówno rozpoznania wartości języka innego podmiotu, jak i własnych ograniczeń. Nie może być więc motywowane chęcią dominacji lub zawłaszczenia, ale musi opierać się na szacunku. Tłumaczenie nie polega zatem na przekładaniu pojęć spod jednej jednostki leksykalnej pod inną. Ponieważ nie ma translacji bez zmiany znaczenia, to można powiedzieć, że polega ono na wytworzeniu samodzielnego tekstu odnoszącego się do tekstu pierwotnego. Tworząc go, należy mieć na uwadze nie pojęcie, a przynajmniej nie w pierwszej kolejności, lecz relacje – między tekstami, językami i ludźmi – i to one mają być podstawą jego kompozycji.

Podobnie jest z interpretacją, która jest dla autora przedłużeniem tłumaczenia – także lokuje interpretatora między dwoma tekstami ze świadomością, że nigdy nie uda mu się w pełni odzwierciedlić odczytywanego tekstu. Dwa użycia słów są bowiem zawsze niejednakowe, a każda interpretacja jest niepowtarzalna. Interpretowanie jest więc procesem tak samo twórczym jak tłumaczenie – jest autorskim wytworzeniem tekstu składającego się z kompozycji opartej na różnych językach, zawierającego z konieczności nadmiary i niedobory znaczenia w stosunku do tekstu pierwotnego oraz wymagającym postawy etycznej pełnej szacunku do innych ludzi i języków¹⁴.

Metafory sprawiedliwości jako translacji i prawnika jako tłumacza oddają zatem – zdaniem autora – doskonale istotę jego pracy. Musi on bowiem dokonywać przekładu

¹² *Ibidem*, s. 100–101, 105 i n.

¹³ *Ibidem*, s. 229, 232–234.

¹⁴ *Ibidem*, s. 235–236, 241, 250, 252, 254, 258.

zawsze, gdy odczytuje tekst prawny. Zachodzi on między ustalonymi w przeszłości znaczeniami języka prawnego oraz językiem konkretnych podmiotów współcześnie będących np. adresatami norm, a także oczywiście w odwrotną stronę. Powoduje to, że prawnik jest w stosowaniu prawa postacią marginalną i centralną zarazem. Marginalną, ponieważ zawsze ma do czynienia ze sprawą klienta, a więc nie jego własną. Dokonuje przekładu języka i sytuacji, które są strukturalnie poza nim. Musi on wprawdzie postępować z szacunkiem i próbować nauczyć się języka, którym posługuje się klient, ale nie zmienia to faktu, że zawsze pozostanie dla niego kimś obcym. Jednocześnie prawnik jawi się jako postać centralna, ponieważ prawo to jednak dyskurs władzy, który podporządkowuje sobie i spaja wszelkie inne dyskursy. To, w jaki sposób zostanie dokonany przez prawnika przekład jednego języka na drugi i czy rzeczywiście będzie on oparty na uznaniu i szacunku, będzie miało istotne znaczenie dla klienta¹⁵.

Nieco inaczej podchodzi do tego zagadnienia C.D. Cunningham, który zresztą powołuje się na poglądy J.B. White'a i stara się je rozwinąć. Autor proponuje metaforę prawnika jako tłumacza w celu pokazania, że podczas reprezentacji klienta dokonuje on czegoś podobnego do aktu translacji, a w konsekwencji zawsze powoduje to zmianę znaczenia narracji przedstawionej przez klienta. Wynika to z faktu, że żadne tłumaczenie nie jest doskonałe, a dwa języki nigdy nie są w pełni do siebie przystawalne. Jednakże dobry tłumacz przez współpracę ze swoim klientem może uniknąć takiej zmiany znaczenia, która prowadziłaby do poważnego zniekształcenia i negatywnych konsekwencji. Potrafi on więc w pewien sposób zrekompensować niedoskonałości wynikające z tłumaczenia i wręcz wzbogacić sens wypowiedzi, a więc odegrać pozytywną rolę mimo obiektywnej niemożności doskonałego tłumaczenia. Należy przy tym zaznaczyć, że ryzyko owych zniekształceń ma oczywiście przede wszystkim miejsce, gdy między tłumaczem a klientem dochodzi do różnicy perspektyw wynikających z płci, rasy czy klasy społecznej¹⁶.

Występuje ono więc zawsze także na gruncie prawnym i jest dodatkowo wzmocnione przez to, że znaczenia języka prawnego nigdy nie są podzielane przez wszystkich w społeczeństwie. Metafora prawnika jako tłumacza pokazuje więc, że podczas reprezentacji klienta często dochodzi do zniekształcenia jego stanowiska, a nawet do jego przynajmniej częściowego „wyciszenia”. Przyczyną tego są błędy prawników, które można dostrzec właśnie poprzez metaforę translacyjną. Jak już wspomniano, dobry tłumacz posiada bowiem świadomość zmiany znaczenia podczas aktu translacji i wie, jak zapanować nad tym poprzez pracę z klientem. Jednakże poza omawianą metaforą zdaniem autora prawnikom mogą pomóc również nauki społeczne takie jak antropologia, socjolingwistyka i etnometodologia, o które uzupełnia on swoją wizję prawnika jako tłumacza. Poprzez wykorzystanie dorobku tych nauk, podobnie jak J.B. White, wiąże on proces translacji z interpretacją, którą pojmuje jako proces kolektywny i w znacznej mierze sytuacyjny – odbywający się w układzie wielopodmiotowym. Dla prawnika, tak jak dla tłumacza, najważniejszy w ramach tego układu powinien być oczywiście klient.

¹⁵ *Ibidem*, s. 248–249, 262.

¹⁶ C.D. Cunningham, *The Lawyer As Translator, Representation As Text: Towards An Ethnography Of Legal Discourse*, „Cornell Law Review” 1991–1992, nr 77, s. 1299–1300.

Powinien on poprzedzać translację procesem interpretacji przeprowadzanym zgodnie z metodologią tych nauk i dzięki takiemu podejściu dostrzegać różnicę mówienia i myślenia swojego oraz klienta, uruchomić w stosunku do niego swoją wyobraźnię i w konsekwencji lepiej zrozumieć jego historię¹⁷.

Autor osadza swoje rozważania na temat metafory translatorskiej w prostej – jak twierdzi – epistemologii. Według niej aktywność umysłowa podzielona jest na trzy sfery – doznania (*sensation*), doświadczenie (*experience*) i wiedzy (*knowledge*). Dzięki temu nie przyjmuje on, że między rzeczywistością a podmiotem istnieje dychotomia, a raczej relacja o charakterze dynamicznym. Doświadczenie jest bowiem konstytuowane poprzez doznania, a wiedza z kolei poprzez doświadczenie. Świat pojęć konstytuowany jest przez elementy doświadczenia. W konsekwencji język odgrywa kluczową rolę w budowaniu wiedzy – poprzez nazywanie redukuje się złożoność doświadczenia, odsłania formy i relacje, formalizuje je i stabilizuje. Pojęcia nie są ani prostymi abstrakcjami z doświadczenia, ani derywatami transcendentnych idei, ale raczej są realizowane w procesie obiektywizacji doświadczenia. W modelu tym rzeczywistość nie jest ani obiektywna, ani społecznie konstruowana. W szczególności posługiwanie się w odniesieniu do niego tym ostatnim – metaforycznym w gruncie rzeczy – określeniem nie byłoby wskazane. Konstruowanie (*framing*) nie uwzględnia bowiem dostatecznie, jak wiele do poznania wnosi język. Rzeczywistość obrazuje ponadto poznanie jako ruch od doświadczenia do wiedzy, a tymczasem według autora jest to proces dwukierunkowy¹⁸.

Takie ujęcie wiedzy i języka pozwala autorowi wykazać, że tłumaczenie jest w zasadzie uniwersalnym kulturowo doświadczeniem, ponieważ jeśli jest ono w sposób poprawny i etyczny dokonywane, to polega na ciągłym ruchu okrężnym od wypowiedzi formułowanych w języku źródłowym przez klienta do będących ich odpowiednikami wypowiedzi tłumacza i z powrotem – konfrontowania ich z językiem źródłowym. Uniwersalność tego doświadczenia pozwala zresztą zdaniem autora na skuteczne skonstruowanie metafory prawnika jako tłumacza i wyjaśnienie w ten sposób – przy wykorzystaniu teorii metafory kognitywnej – pewnej bardziej skomplikowanej dziedziny życia, jaką jest działalność prawnika poprzez odwołanie do łatwiej uchwytnej aktywności tłumacza¹⁹.

Metafora prawnika jako tłumacza prowadzi w sposób naturalny do metafory reprezentacji jako tekstu – narracja klienta jest tu pojmowana jako tekst, który ma być przedłożony przez prawnika profesjonalnemu audytorium. Nasuwa też, charakterystyczne dla J.B White'a, związki prawa z literaturą, szczególnie w sferze interpretacji. Jak wspomniano, autor odwołuje się jednak przede wszystkim do nauk społecznych. Wykorzystuje tu przykładowo osiągnięcia etnografii i występujące na jej gruncie pojęcie informatora. Wychodzi z założenia, że kultura jest tekstem, a etnografia rodzajem literackiej praktyki interpretacyjnej. Przywołuje tu poglądy C. Geertza, według którego zadaniem etnografa jest przełożenie często figuratywnego dla badacza języka informatora na język dosłowny, który może następnie być interpretowany w innej kulturze²⁰.

17 *Ibidem*, s. 1301–1302.

18 *Ibidem*, s. 1330–1334.

19 *Ibidem*, s. 1337–1338.

20 *Ibidem*, s. 1339–1446.

W ramach metafory translacyjnej może to być zastosowane do relacji prawnik–klient w taki sposób, że to właśnie prawnik powinien traktować klienta jako swego rodzaju antropologicznie obcego, a zatem potraktować go jako informatora – podczas rozmów przede wszystkim gromadzić materiał, a następnie wnikliwie go studiować. Powinien w ten sposób zdystansować się i zredukować ryzyko nieporozumienia wynikającego z założenia, że obydwoj mówią tym samym językiem i posługują się tymi samymi znaczeniami. W pierwszej kolejności prawnik powinien więc rozpoznać tekst klienta i poszukiwać znaczenia, które ten ostatni sam mu przypisuje. Zanim więc podejmie próbę jego przełożenia na kategorie prawne, musi zdystansować się do tego, co od klienta słyszy – wejść w rolę antropologicznego obserwatora. Nie czyniąc tego, prawnicy wywołują często pewną stratę. Polega ona na tym, że wyobrażając sobie, co klient ma na myśli, poprzez pryzmat pojęć prawniczych nie są w stanie zrozumieć, co klienci chcą im przekazać, nawet używając tych samych co prawnicy terminów. W konsekwencji nie są potem w stanie dokonać poprawnego przekładu. Można zatem powiedzieć, że prawnik, aby być dobrym tłumaczem, musi najpierw wyobrazić sobie, że można mówić innym językiem niż on sam i nawet podstawowe dla niego słowa takie jak uprawnienie czy krzywda mogą mieć dla klienta inne znaczenie²¹.

Przechodząc do oceny omawianej metafory i związanej z nią wizji zawodów prawniczych, należy podkreślić, że przy jej pomocy daje się uchwycić bardzo istotny element pracy prawnika, tj. obecność tego ostatniego w relacjach między różnymi podmiotami, np. klientem i sądem, co oznacza zarazem konieczność poruszania się między różnymi językami. Daje to nie tylko możliwość zrozumienia pracy prawnika dzięki odniesieniu jego roli do działalności translatorskiej, lecz także wykorzystania etyki tłumaczenia w etyce prawniczej. Między obydwoma dziedzinami występują nie tylko liczne podobieństwa, lecz także podobny stopień nasycenia sporami co do fundamentalnych kwestii. Przykładowo również w etyce tłumacza dyskutuje się kwestie zakresu jego moralnej odpowiedzialności, w tym takie zagadnienia jak kwestia skutków społecznych tłumaczenia, oraz stosunek do celów i poleceń nadawcy komunikatu. Standardowe podejście w tym zakresie koncentruje się wokół ekwiwalencji tłumaczenia, która jest w gruncie rzeczy zagadnieniem lingwistycznym. Powoduje to, że w sferze etycznej problem podmiotowości tłumacza w zasadzie nie występuje, a cała dyskusja jest sprowadzona do wierności przekładu czy istnienia odpowiedniości między dwoma tekstami w różnych językach. Według tego ujęcia tłumacz powinien być wierny, neutralny, lojalny i obiektywny. Można wręcz powiedzieć, że najlepszy tłumacz to tłumacz niezauważalny²².

Jednakże – podobnie jak w etyce prawniczej – tutaj również nastąpił zwrot określany jako społeczno-kulturowy, który spowodował, że zainteresowanie przeniosło się z przedmiotowych aspektów translacji na tłumacza jako podmiot, w tym pełnioną przez niego funkcję. Jednym z elementów tego zwrotu było zwrócenie uwagi na sytuacje tłumaczeń trudnych, nie tylko w sensie lingwistycznym, lecz w kategoriach etycznych. Chodzi chociażby o tłumaczenia wojenne, obozowe czy więzienne, w tym zarówno pisemne, jak i przede wszystkim ustne. Co ciekawe, przy pomocy określeń metaforycznych wykazywane jest, że neutralność działalności translatorskiej jest tylko pozorna.

²¹ *Ibidem*, s. 1348–1351, 1356.

²² M. Tryuk, *Ty nic nie mów, ja będę tłumaczył. O etyce w tłumaczeniu ustnym*, Warszawa 2012, s. 18–19, 23–24.

W omówionych przypadkach często cały ciężar sytuacji i związanej z nią odpowiedzialności wpływają również na tłumacza, który niczym gąbka absorbuje całe związane z nią cierpienie. Standardowej metaforze tłumacza jako kogoś jedynie używającego swojego głosu, a więc mechanicznie działającego pośrednika językowego, przeciwstawia się inne określenia, takie jak bycie pomostem kulturowym, a także rzecznikiem czy wręcz adwokatem klienta. Dwie ostatnie metafory wyrażają odmienne wizje etyki translatorskiej. W każdym przypadku inaczej podchodzi się do kwestii neutralności, uznając jednak za każdym razem, że tłumacz nie jest przezroczysty i nie ponosi żadnej odpowiedzialności za dokonywane przez siebie akty translacji²³.

W odniesieniu do pierwszej z metafor, a więc określenia tłumacza jako samego będącego pomostem lub odgrywającego rolę budowniczego mostów, oznacza to, że nie jest on neutralnym przekąźnikiem – swego rodzaju sługą dwóch panów – lecz jego zadaniem jest zmierzanie do porozumienia stron. Jest to jego własny cel i jego odpowiedzialność, która jest niezależna od zamierzeń stron komunikacji. Akt translatorski pojmowany jest tu jako rodzaj mediacji kulturowej. Aby skutecznie się z tego zadania wywiązać, niezbędne jest zaufanie do tłumacza, a to jest pochodna jego cech osobowych. Zarazem naraża go to na ewentualne konflikty ze stronami komunikacji, które mogą nie być zainteresowane szukaniem porozumienia, lecz np. dominacją nad drugą stroną. Zasadniczą kwestią jest, czy tłumacz winien wówczas stawiać opór woli takiego klienta i być nakierowanym przede wszystkim na swoje zadanie budowania pomostu, czy też podporządkować się jego poleceniom. Można powiedzieć, że analogiczny problem występuje na gruncie etyki prawniczej²⁴.

Kieruje to uwagę w stronę drugiej z metafor, tj. traktowania tłumacza jako rzecznika klienta, a w szczególności kogoś stojącego po stronie słabszego uczestnika aktu komunikacji. Ujęcie to wiąże się z perspektywą krytyczną, według której w translacji zawsze występuje problem reprodukcji dominującej ideologii. Tłumacz jako podmiot jest odpowiedzialny za swoje teksty i zawarte w nich narracje i nie zwalnia go z tego faktu, że mają one wtórny charakter. Nie da się bowiem być neutralnym przekąźnikiem czegoś, co neutralne ze swej istoty nie jest, co widać najwyraźniej w sytuacjach ekstremalnych, np. tłumaczeniach wojennych. Jest to jednak prawda uniwersalna i dotyczy także innych aktów translatorskich. W konsekwencji tłumacz nie powinien odtwarzać ideologii – jest on pełnoprawnym uczestnikiem interakcji, dzięki któremu komunikacja w ogóle może mieć miejsce, i jako taki ma nie tylko prawo, ale i obowiązek stawiać opór. Nie może on po prostu stać w środku komunikacji, a więc w pewien sposób między narracjami stron, ponieważ zawsze – jako pełnoprawny jej uczestnik – będzie do którejś z nich przynależał. Skoro tak, to powinien dokonywać wyboru owej przynależności na podstawie kryteriów etycznych²⁵. Można zatem powiedzieć, że metafora translacyjna zwraca uwagę na kwestię neutralności podmiotu w procesie aplikacji wiedzy do konkretnych przypadków. Pokazuje, jak bardzo neutralność ta jest nieoczywista i może być problematyzowana.

²³ *Ibidem*, s. 24, 26–27, 31.

²⁴ *Ibidem*, s. 38, 43, 46.

²⁵ *Ibidem*, s. 34–36, 49–51.

Bibliografia

- Beck U., Giddens A., Lash S., *Modernizacja refleksyjna. Polityka tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warszawa 2009.
- Cunningham C.D., *The Lawyer As Translator, Representation As Text: Towards An Ethnography Of Legal Discourse*, „Cornell Law Review” 1991–1992, nr 77.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny a obraz świata*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga jubileuszowa prof. Marii Boruckiej-Arctowej*, red. G. Skąpska i in., Kraków 1992.
- Giddens A., *Konsekwencje nowoczesności*, Kraków 2008.
- Hamilton J.W., *Metaphors of Lawyers' Professionalism*, „Alberta Law Review” 1995, nr 4.
- Lakoff G., Johnson M., *Metaphors We Live By*, Chicago 2003.
- Kaczmarek P., *Zaufanie do zawodów prawniczych w społeczeństwie ryzyka*, [w:] H. Izdebski, P. Skuczyński, *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warszawa 2011.
- Kaczmarek P., *Era prawodawców czy era tłumaczy? O dylemacie wyboru roli interpretatora*, [w:] *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. P. Jabłoński, Wrocław 2011.
- Kövecses Z., *Metaphor. A Practical Introduction*, Oxford 2010.
- Parsons T., *Spojrzenie socjologa na zawód prawnika*, [w:] *idem, Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972.
- Parsons T., *Wolne zawody a struktura społeczna*, [w:] *idem, Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972.
- Skuczyński P., *Metaphor of the Lawyer as an Architect and the Concept of Law*, „Ordines” 2021, nr 2.
- Tryuk M., *Ty nic nie mów, ja będę tłumaczył. O etyce w tłumaczeniu ustnym*, Warszawa 2012.
- White J.B., *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago–London 1990.

Marcin Matczak¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0003-0844-5816

JĘZYK PRAWNEGO POPULIZMU – PERSPEKTYWA FILOZOFICZNOPRAWNA

ABSTRAKT

Badacze populizmu zwracają uwagę na istotną rolę języka w realizacji jego agendy. Rola ta jest widoczna w praktykach propagandowych, w próbach redefiniowania pojęć zastanych i w zmianie konwencji społecznych, w tym konwencji językowych.

Niedawna fala populizmu (2010–2021) w szczególności dotyczy prawa i praworządności, a tym samym zjawiska takie jak propaganda, redefinicja pojęć i zmiana konwencji realizują się często w obszarze języka prawa. Niniejsze opracowanie ma na celu analizę, jaki jest mechanizm powodowanych przez populizm zmian w konwencjach językowych rządzących językiem prawnym i prawniczym, a narzędziem tej analizy jest filozofia prawa wykorzystująca dorobek filozofii języka.

Wykorzystując pojęcia i teorie zaproponowane przez E. Laclaua, N. Lacey, R.G. Millikan i F. Recanatiego, w niniejszym opracowaniu wyjaśniam, na czym polega przeprowadzana przez populistów zmiana kultury prawnej, definiowanej jako zbiór konwencji językowych i behawioralnych istotnych dla prawa.

Główna teza opracowania w tym zakresie to twierdzenie, że populistyczna zmiana kultury prawnej polega na uczynieniu ważnych dla prawa pojęć znakami pustymi bądź nieustannie zmiennymi oraz na niszczeniu konwencji prawnych poprzez 1) zaprzestanie reprodukcji zachowań, które konstytuowały dotąd konwencje językowe i behawioralne w obszarze prawa; lub

¹ Radca prawny, profesor nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne, specjalista w zakresie teorii i filozofii prawa, profesor uczelni na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

2) rozpoczęcie reprodukcji zachowań nowych. W obu przypadkach zmiana konwencji wiąże się z utratą przez nie zdolności do realizacji funkcji właściwej w rozumieniu R.G. Millikan, a więc powoduje zmniejszenie bądź utratę przydatności społecznej. Z przeprowadzonej analizy płyną wnioski co do tego, jak można przeciwdziałać populistycznej zmianie kultury prawnej.

Słowa kluczowe: populizm, język prawa, konwencja kulturowa, filozofia języka, kultura prawna

1. Wprowadzenie

Badacze populizmu zwracają uwagę na istotną rolę języka w realizacji jego agendy. Rola ta jest widoczna w praktykach propagandowych, w próbach redefiniowania pojęć zastanych i w zmianie konwencji społecznych, w tym konwencji językowych.

Niedawna fala populizmu (2010–2021) w szczególności dotyczy prawa i praworządności, a tym samym zjawiska takie jak propaganda, redefinicja pojęć i zmiana konwencji realizują się często w obszarze języka prawa, szczególnie prawa konstytucyjnego. Niniejsze opracowanie ma na celu analizę, jaki jest mechanizm powodowanych przez populizm zmian w konwencjach językowych rządzących językiem prawnym i prawniczym, a narzędziem tej analizy jest filozofia prawa wykorzystująca dorobek filozofii języka.

Wykorzystując cztery koncepcje teoretyczne, w niniejszym opracowaniu wyjaśniam, na czym polega przeprowadzana przez populistów zmiana kultury prawnej, definiowanej jako zbiór konwencji językowych i behawioralnych istotnych dla prawa. Podstawowymi narzędziami wykorzystanymi w opracowaniu są:

- a) koncepcja populizmu jako dyskursu, zaproponowana przez E. Laclaua, w szczególności pojęcia „znaków pustych” (*empty signifiers*) oraz „znaków zmiennych” (*floating signifiers*)², odniesiona do języka prawnego i prawniczego, w szczególności do pojęć praworządności i niezależności sędziowskiej używanych w populistycznej praktyce komunikacyjnej;
- b) koncepcja „niszczenia konwencji” (*convention trashing*) zaproponowana przez N. Lacey³, wykorzystana do opisu praktyki populizmu polegającej na zmianie językowych zachowań konwencjonalnych w obszarze prawa, a także innych konwencji ważnych dla prawa, w tym zwyczajów konstytucyjnych;
- c) koncepcja konwencji R.G. Millikan, w której konwencje to historycznie ukształtowane ciągi reprodukowanych zachowań, posiadające tzw. funkcję właściwą

2 E. Laclau, *Populism: What's in a Name?* [w:] *Populism and the mirror of democracy*, red. F. Panizza, Verso 2005. Tłumaczenie terminu „signifier” („znaczące”) jako „znak” nie jest zgodne z pierwotnym użyciem tego terminu przez F. de Saussure’a, w którego pracach *signifier* stanowił tylko jeden z elementów znaku (obok elementu *signified*). Jednak ze względu na jasność przekazu oraz fakt, że dla prowadzonych tu rozważań rozróżnienie na *signified* i *signifier* nie jest kluczowe, zdecydowano się na prostszą konwencję terminologiczną.

3 N. Lacey, *Populism and the Rule of Law*, Working paper 28, January 2019, LSE International Inequalities Institute.

(*proper function*), a więc przydatność społeczną, która powodowała w przeszłości reprodukcję tych zachowań⁴;

- d) koncepcja potencjału semantycznego F. Recanatiego, która odchodzi od kryterialnej koncepcji pojęcia na rzecz koncepcji paradygmatycznej, a więc opartej na całościowym porównywaniu nowych sytuacji użycia pojęcia z poprzednimi sytuacjami jego użycia⁵.

Główna teza opracowania to twierdzenie, że populistyczna zmiana kultury prawnej polega na uczynieniu ważnych dla prawa pojęć znakami pustymi bądź zmiennymi oraz na niszczeniu konwencji prawnych poprzez 1) zaprzestanie reprodukcji zachowań, które konstytuowały dotąd konwencje językowe i behawioralne w obszarze prawa; lub 2) rozpoczęcie reprodukcji zachowań nowych. W obu przypadkach zmiana konwencji wiąże się z utratą przez nie zdolności do realizacji funkcji właściwej w rozumieniu R.G. Millikan, a więc powoduje zmniejszenie bądź utratę przydatności społecznej. Z przeprowadzonej analizy płyną wnioski co do tego, jak można przeciwdziałać populistycznej zmianie kultury prawnej.

2. Populizm a pojęcia prawne

Cechą charakterystyczną rządów populistycznych jest dążenie do zmiany w obrębie pojęć, które są ważne dla życia publicznego. Tendencja populizmu do zredefiniowania języka, którym posługuje się społeczeństwo, jest zauważana i prezentowana w opracowaniach raportujących zdarzenia historyczne, takich jak „LTI. Notatnik filologa” V. Klemperera⁶ czy „Nowomowa po polsku” M. Głowińskiego⁷. Nie mniej ważnych analiz dla zrozumienia tego problemu dostarcza literatura piękna, kreśląca obrazy dystopijnych autorytaryzmów, której najświetniejszym przykładem jest „Rok 1984” G. Orwella i powszechnie znany postulat kompletnej zmiany znaczeniowej pojęć, widoczny w haśle: „Wojna to pokój. Wolność to niewola. Ignorancja to siła”⁸.

Od dążenia do zmiany pojęciowej nie jest wolna także ostatnia faza populizmu, przelewająca się przez świat w latach 2010–2021, a obejmująca swoim zakresem zarówno Europę, w szczególności nie tylko tzw. kraje postkomunistyczne, jak Węgry i Polska, lecz także świat anglosaski, w szczególności Zjednoczone Królestwo w dobie pre- i postbrexitowej, a także Stany Zjednoczone Ameryki pod rządami Donalda Trumpa. Próby redefinicji pojęciowej dotyczą takich pojęć jak demokracja, a dyskusja w tym zakresie koncentruje się na tym, czy pojęcie to może zostać bez szkody dla siebie uzupełnione o przymiotniki, na przykład takie jak nieliberalna⁹. Debata nad treścią pojęć i potrzeba zmiany ich treści

4 R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories*, MIT Press 1984.

5 F. Recanati, *Literal Meaning*, Cambridge University Press, 2004.

6 V. Klemperer, *LTI. Notatnik Filologa*, Kraków–Wrocław 1983.

7 M. Głowiński, *Nowomowa po polsku*, Warszawa 1990.

8 G. Orwell, *Rok 1984*, przeł. D. Konowrocka-Sawa, W.A.B. 2021.

9 M. Krygier, *Illiberalism and the Rule of Law*, [w:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, red. A. Sajo, R. Uitz, S. Holmes, Routledge 2021, s. 533–553.

dotyczy także pojęć *stricte* prawniczych, w tym jednego z najważniejszych dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, czyli pojęcia praworządności. Można wręcz powiedzieć, że pojęcie to stało się polem semantycznej bitwy o znaczenie, w której zarówno atakujący (populiści), jak i obrońcy (środowiska prawnicze) przyjmują różne strategie.

Spór o praworządność ma oczywiście wiele innych wymiarów niż tylko wymiar semantyczny. Jednak wydaje się, że na pewnym poziomie toczy się on w związku z próbą zredefiniowania pojęcia praworządności albo raczej wydrążenia go z treści, ponieważ jego treść zastana stanowi przeszkodę dla działań populistycznych. Okazuje się na szczęście, że autonomia języka może stanowić pewną barierę dla zmian, w tym zmian w kulturze prawnej i pozaprawnej.

Aby naruszyć tę autonomię, czasami próbuje się wykazać, że pojęcie praworządności jest puste. Przykładami takiego podejścia są wypowiedzi brytyjskiego doradcy premiera Borisa Johnsona, który stwierdził, że praworządność (*rule of law*) to *weasel word*, co można w przybliżeniu przetłumaczyć jako słowo wytrych. Oznacza ono:

nieformalne określenie słów i zwrotów, których celem jest stworzenie wrażenia, że zostało powiedziane coś konkretnego i znaczącego, podczas gdy w rzeczywistości przekazano jedynie niejasne lub dwuznaczne twierdzenie [...]. Używanie słów wytrychów może pozwolić na późniejsze wyparcie się jakiegokolwiek konkretnego znaczenia, jeśli wypowiedź zostanie zakwestionowana, ponieważ w pierwszej kolejności nigdy nie była konkretna¹⁰.

Jak się wskazuje, słowa wytrychy mogą być formą tergiwersacji, przez którą rozumie się „czynność polegającą na unikaniu jasnego sposobu działania lub wypowiedzianiu się, na celowym byciu dwuznacznym”¹¹.

Powyższe oznacza, że doradca premiera Johnsona uznaje pojęcie „praworządności za puste i manipulacyjne, a więc pozbawione jakiegokolwiek trwałej i powszechnie akceptowanej treści”. Takie podejście widoczne jest także w wypowiedziach polskich polityków. Polski minister sprawiedliwości Zbigniew Ziobro w wypowiedzi cytowanej na łamach „Gazety Wyborczej” powiedział: „Praworządnością może być wszystko. Tak naprawdę spór toczy się o władzę i suwerenność”¹². Także i ta wypowiedź sugeruje, że praworządność jako pojęcie puste można wypełnić dowolną treścią. W pewnym sensie w powyższych wypowiedziach polityków brytyjskiego i polskiego widać ślady myśli postmodernistycznej. Mogliby oni za postmodernistami powtórzyć, że nie ma żadnego „znaczonego” (*signified*), są tylko *signifiers* („znaki”, „znaczące”). Nie ma jednego znaczenia, a próba jego narzucenia jest przemocą i opresją. Każdy ma prawo rozumieć praworządność na swój sposób, a czasami może to być nawet wyznacznik jego wolności.

Twierdząc, że głównym narzędziem populistów, którzy atakują i destabilizują rządy prawa, jest destabilizacja języka, prowadząca do przekonania opinii publicznej, że podstawowe dla państwa prawa pojęcia są pozbawione treści. Jest to swoisty proces wydrążenia pojęć z treści zastanej, by uzyskać prawo do wypełnienia ich treścią własną, a więc

¹⁰ Źródło: https://en.wikipedia.org/wiki/Weasel_word, dostęp: 24.08.2022 r.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Ziobro skarży mechanizm „pieniądze za praworządność”. TK opublikował wniosek, „Gazeta Wyborcza”, 15 stycznia 2022 r.

politycznie wygodną. Takie podejście, groźne dla państwa prawa, jest możliwe tylko wtedy, gdy przyjmuje się wizję języka, w której znaczenie definiuje się jako zbiór kryteriów. Taka wizja języka, wywodząca się od F. de Saussure'a i G. Fregego, jest charakterystyczna dla strukturalizmu i logicznego pozytywizmu i przez wielu jest traktowana jako jedyna, naukowa koncepcja języka. W wizji tej język jest pozornie stabilny, ponieważ słowa wydają się ściśle zdefiniowane, poprzez określenie warunków ich aplikacji, a sam język jest traktowany jako synchroniczna struktura (*langue*), a nie jak żywa praktyka, która ma określoną, ważną dla społeczeństwa funkcję (*parole*)¹³. Ta wizja języka została poddana krytyce przez postmodernizm, a współczesny populizm używa postmodernistycznych argumentów dla celów politycznych.

Tej pozornie stabilnej wersji języka przeciwstawiam wizję teleologiczną, wywodzoną z pragmatyzmu C.S. Peirce'a i teleosemantyki R.G. Millikan, w których język jest traktowany jako historycznie ukształtowana praktyka. Praktyka ta jest kontynuowana, ponieważ przynosi społeczeństwu określony benefit (realizuje swoją „funkcję właściwą” – *proper function*¹⁴). Ta funkcja, wbrew twierdzeniom postmodernistów i populistów, stabilizuje język i nie pozwala na jego dowolne redefiniowanie. Postuluję, że oparte na tradycji, wynikające z wcześniejszych użyc posługiwanie się językiem, stanowi przeszkodę dla jego manipulacji, co powoduje, że populistą, który chce zdestabilizować język, musi zakwestionować tę tradycję lub ją zmanipulować. Tylko wtedy jest w stanie wydrążyć pojęcia z ich treści.

3. Dwie wizje języka

W filozofii języka występują dwa podejścia do pojęć: definicyjne i paradygmatyczne. W podejściu definicyjnym pojęcia są z góry określonym zbiorem kryteriów, które stosuje się do rzeczywistości: kryteria poprzedzają zastosowanie. W podejściu konkurencyjnym, opartym na paradygmatach, kryteria można odkryć dopiero *ex post*, po rozwinięciu praktyki ich stosowania. Podejście oparte na kryteriach jest statyczne, a zestaw kryteriów jest względnie stały. Podejście oparte na paradygmatach jest otwarte na zmiany, ponieważ zmienia się sama praktyka.

Różnicę między tymi dwoma podejściami wyjaśnia F. Recanati, odróżniając „Fregeańskie ujęcie pojęć”, w którym słowa są związane z abstrakcyjnymi „warunkami zastosowania”, i podejście, w którym słowa jako typy językowe są związane z ich konkretnymi zastosowaniami¹⁵. To rozróżnienie zakłada, że w posługiwaniu się językiem nie jest potrzebny pośredni krok polegający na wyabstrahowaniu wspólnych cech, które są wspólne dla poprzednich użyc danego słowa¹⁶. Koncepcja paradygmatyczna

¹³ F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa ogólnego*, przeł. K. Kasprzyk, Warszawa 2002.

¹⁴ R.G. Millikan, *Language, Thought...*, s. 4.

¹⁵ F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 147–148.

¹⁶ F. Recanati wyraźnie zaznacza, że to rozróżnienie jest charakterystyczne dla filozofii J.L. Austina (zob. F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 141), który preferował aplikacyjne podejście do pojęć.

pozbysia się abstrakcyjnych znaczeń dla rodzajów na rzecz konkretnych zastosowań. Kontekstualny sens, jaki niesie ze sobą słowo w konkretnym użyciu, zależy od relacji podobieństwa między tym użyciem słowa (w „sytuacji docelowej”) a wcześniejszymi użyciami tego samego słowa (w „sytuacjach źródłowych”)¹⁷.

Te rozważania można przenieść na prawo. Sytuacje źródłowe to wszystkie wcześniejsze przypadki, w których dany fragment rzeczywistości uznano za „podpadający” pod dane pojęcie – np. sytuacje, w których dany układ instytucjonalny uznano za „praworządny”. Sytuacją docelową w terminologii Recanatiego jest nowy przypadek – aktualny układ instytucjonalny, co do którego istnieje wątpliwość, czy da się go określić jako „praworzędność”. Zastosowanie pojęcia polega na odniesieniu terminu „praworzędność” do elementu rzeczywistości, jakim jest układ instytucjonalny i jego funkcjonowanie. Zwrot „to jest praworzędność” ma zgodnie z teorią Recanatiego „potencjał semantyczny”, który jest „zbiorem uzasadnionych sytuacji zastosowania”¹⁸ lub

zbiorem przeszłych zastosowań, na podstawie których można ustalić podobieństwa między sytuacjami źródłowymi (tj. sytuacjami, których takie zastosowania dotyczyły) a sytuacją docelową (sytuacją, której dotyczą obecnie)¹⁹.

Jak zauważa Recanati, zestaw cech wspólnych dla sytuacji źródłowej i docelowej, a więc i warunki zastosowania (na przykład predykatu „X spełnia wymogi praworzędności”, gdzie X to dany układ instytucjonalny), nie będą takie same dla wszystkich zastosowań;²⁰ cechy te będą zależały od sytuacji docelowej²¹. Powstaje pytanie, dlaczego nie mogą być one stabilne, a właściwie takie same²². Aby to wyjaśnić, Recanati

¹⁷ *Ibidem*, s. 151.

¹⁸ *Ibidem*, s. 148.

¹⁹ *Ibidem*, s. 152.

²⁰ *Ibidem*, s. 148.

²¹ „Jedna sytuacja docelowa może być podobna do sytuacji źródłowych pod pewnymi względami, a inna sytuacja docelowa może być do nich podobna pod innymi względami”, zob. F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 148. Różnorodność nowych sytuacji docelowych, tj. nowych przypadków, do których należy zastosować język prawny, jest nieodłączną częścią praktyki sądowej, co sprawia, że podejście F. Recanatiego jest szczególnie atrakcyjne dla jurysprudenji. Jak twierdzi S. Soames, „sądy zostały stworzone właśnie po to, by pośredniczyć między ogromną różnorodnością możliwych zachowań z jednej strony a prawnie skodyfikowanymi zasadami ogólnymi, które mają je regulować z drugiej”; zob. S. Soames, *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation*, [w:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, red. A. Marmor, S. Soames, OUP 2011, s. 45.

²² Niestabilność kryteriów zastosowania nie oznacza niestabilności znaczenia językowego: „Słowa mają nie tylko względnie stabilne warunki zastosowania, w różnych użyciach; istnieje również stabilność interpersonalna: użytkownicy języka są zbieżni w swoich sądach dotyczących warunków zastosowania lub warunków prawdy”, zob. F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 152. R.G. Millikan przedstawia przekonujący argument na to, w jaki sposób praktyka językowa prowadzi do pojawienia się tak zwanej funkcji stabilizującej danego urzędzenia językowego (na przykład predykatu). Jak pisze autorka, „o funkcji normalizującej i stabilizującej aparatu językowego należy myśleć nie jako o funkcji niezmiennej lub przeciętnej, lecz jako o funkcji, która odpowiada krytycznej masie przypadków rzeczywistego użycia, tworząc środek ciężkości, do którego po odejściu od niego mają tendencję powracać zbłąkani mówcy i słuchacze. To właśnie dlatego, że aparat językowy ma taką stabilizującą i normalizującą funkcję właściwą, którą spełnia w takiej masie krytycznej rzeczywistych przypadków, może on przetrwać

wykorzystuje koncepcję otwartej struktury języka Waismanna (*open texture*)²³. Według Waismanna niemożliwe jest podanie pełnej definicji pojęcia, „modelu myślowego, który przewiduje i rozstrzyga raz na zawsze każdą możliwą kwestię użycia”²⁴. Taki model musiałby opisywać wszystkie potencjalne elementy typu sytuacji, w której dane pojęcie ma być zastosowane, a to jest niemożliwe.

Z tego powodu definicje zawierają tylko najważniejsze cechy wspólne dla wszystkich sytuacji źródłowych („wierzchołek góry lodowej”), podczas gdy w rzeczywistości sytuacje źródłowe są podobne do siebie pod wieloma innymi względami („tło”) ²⁵. To, czy relacja podobieństwa między sytuacją źródłową a docelową będzie dotyczyć cechy wymienionej w definicji, czy też należącej do „tła”, zależy od sytuacji docelowej²⁶. Jeżeli sytuacja docelowa jest typowa, to jest ona podobna w zakresie cech określonych w definicji. Mamy wtedy do czynienia z przypadkiem łatwym. Jeśli jednak sytuacja docelowa jest nietypowa, jej podobieństwo do sytuacji źródłowych ocenia się całościowo – ocenia się również podobieństwo dotyczące cech tła.

Przykładem może być zastosowanie predykatu „to jest ważnie uchwalona ustawa”. Gdy odnosi się tę frazę do niekontrowersyjnej ustawy uchwalonej przez większość parlamentarną, ocena, czy to odniesienie jest prawidłowe, obejmuje sprawdzenie, czy sytuacja spełnia warunki określone w definicji (np. czy ustawa została prawidłowo zgłoszona w ramach inicjatywy ustawodawczej, czy przeszła odpowiednią procedurę w parlamencie, została podpisana przez prezydenta i promulgowana). Te cechy stanowią „wierzchołek góry lodowej”, a więc minimalny, typowy zestaw cech, które sytuacja musi posiadać, by podchodzić pod dane pojęcie. Gdy jednak sytuacja jest kontrowersyjna (np. głosowanie w parlamencie odbyło się pod groźbą użycia broni przez żołnierzy junty wojskowej), okazuje się, że taka nietypowa sytuacja docelowa musi być oceniona całościowo, a więc także pod względem podobieństwa do poprzednich sytuacji użycia do cech „tła”. Jedną z takich cech, która była obecna we wcześniejszych sytuacjach uchwalania ważnej ustawy, był brak przymusu²⁷. Cecha ta nie trafiła do wąskiego zbioru typowych kryteriów (do „wierzchołka góry lodowej”) i dopiero nietypowa sytuacja docelowa pokazała nam,

wypadki, w których ta stabilizująca funkcja nie jest spełniana, bez wyginiecia lub zmiany funkcji”, zob. R.G. Millikan, *Language, Thought...*, s. 4.

23 F. Waismann, *Verifiability*, [w:] *Logic and Language*, red. A. Flew, 1st series, Blackwell 1951, 121–123.

24 *Ibidem*.

25 „Stosowalność terminu do nowych sytuacji zależy od ich podobieństwa do sytuacji źródłowych, czyli do sytuacji, z którymi termin związał swoje znaczenie. Aby termin mógł być (wyraźnie) zastosowany, sytuacja docelowa musi być podobna do sytuacji źródłowej nie tylko pod względem tych cech, które łatwo przychodzą na myśl i stanowią »jawną« definicję terminu (»wierzchołek«, by użyć metafory góry lodowej), ale także pod względem ukrytego tła. Jeśli te dwie sytuacje znacznie różnią się w odniesieniu do tego ostatniego, nie jest jasne, czy termin będzie miał zastosowanie, nawet jeśli spełnione są wyraźne warunki jego spełnienia”, zob. F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 143.

26 Jak twierdzi F. Recanati, „w ujęciu Waismanna słowa są związane z sytuacjami użycia, to wszystko. Aby zastosować słowo do lub w nowej sytuacji, sytuacja ta musi być podobna do sytuacji źródłowych; nie możemy jednak z góry zbadać wszystkich możliwych wymiarów podobieństwa między sytuacjami źródłowymi a możliwymi sytuacjami docelowymi: znowu pojawia się więc otwarta struktura (*open texture*)”; zob. F. Recanati, *Literal Meaning...*, s. 145, a także „wymiar podobieństwa sam w sobie nie jest dany, lecz uwarunkowany kontekstem”, *ibidem*, s. 146.

27 *Ibidem*, s. 144.

że jest ona relewantna. Ponieważ cechą sytuacji docelowej (głosowanie pod groźbą użycia broni) jest przymus, a poprzednie sytuacje użycia predykatu „to jest ważne uchwalona ustawa” nie zawierały tego elementu, nie można uznać, że sytuacja docelowa jest całościowo podobna do sytuacji źródłowych, a tym samym, że podpada ona pod pojęcie ważne uchwalonej ustawy.

Wniosek z tego taki, że zastosowanie pojęć nie polega na zastosowaniu z góry określonego, wąskiego zestawu kryteriów definicyjnych do danego przypadku, ale raczej na globalnym porównaniu sytuacji docelowej z pełnym potencjałem semantycznym zastosowanych słów, pojęć i predykatów²⁸. Według Recanatiego

predykat może mieć zastosowanie nawet wtedy, gdy sytuacja docelowa różni się wyraźnie od sytuacji źródłowej, o ile w kontekście i przy uwzględnieniu zestawu kontrastów podobieństwa są bardziej znaczące niż różnice²⁹

oraz

nawet jeśli sytuacja docelowa posiada wszystkie cechy pierwszego planu, które wydają się wchodzić w skład „definicji” predykatu P, wystarczy zawiesić pewną liczbę cech tła, aby zagrozić zastosowaniu P do sytuacji docelowej³⁰.

F. Recanati stwierdza zatem, że idea potencjału semantycznego nie opiera się na założeniu semantyki Fregeańskiej, że zestaw warunków zastosowania pojęcia jest określony raz na zawsze, ale na założeniu, że znaczenie jest zbiorem sytuacji źródłowych, tak że pojęcie ma zastosowanie do sytuacji docelowej „wtedy i tylko wtedy, gdy jest ona istotnie podobna do sytuacji źródłowych”³¹. Podsumowując, F. Recanati proponuje, by nie wyprowadzać żadnych definicyjnych zbiorów cech z przeszłych przypadków zastosowania danego pojęcia, innymi słowy, nie wyprowadzać kryteriów zastosowania. Postuluje w zamian

rezygnację z etapu pośredniego (znaczenia językowego) i bezpośrednie ustalanie znaczenia kontekstowego, jakie dane wyrażenie przyjmuje w danym przypadku użycia, na podstawie znaczeń kontekstowych, jakie to wyrażenie miało w poprzednich przypadkach użycia – bez abstrahowania lub konieczności abstrahowania „językowego” znaczenia danego typu wyrażenia³².

Ta propozycja oznacza, że w myśleniu o pojęciach i w ich stosowaniu podejście kryterialne ma poważnego konkurenta. O tym, które z tych podejść jest bardziej właściwe, należy zdecydować poprzez porównanie, jak oba podejścia do języka – kryterialne

²⁸ F. Recanati mówi o „globalnym charakterze podobieństwa między sytuacją docelową a sytuacją źródłową”, zob. *ibidem*, s. 150.

²⁹ *Ibidem*, s. 151.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, s. 147 (podkreślenie w oryginale).

i paradygmatyczne – pozwalają rozwiązać problemy praktyczne. Jednym z nich jest problem manipulacji pojęciami, której dopuszcza się populizm, a któremu to problemowi poświęcone jest to opracowanie. Zobaczmy teraz, jak w szczególności wygląda ten proces i jak oba podejścia do pojęć sobie z nim radzą. W tym celu omówmy koncepcję znaków pustych i zmiennych E. Laclaua, które są charakterystyczne dla narracji populistycznych, w szczególności w odniesieniu do praworządności.

4. Ernesto Laclau i koncepcja znaków pustych oraz znaków zmiennych

W tym opracowaniu zakładam, że dwa podejścia do pojęć prawnych – kryterialne i paradygmatyczne – mogą zostać poddane ocenie z punktu widzenia ich odporności na wykorzystanie do celów manipulacji populistycznej, w szczególności do zamazania treści tych pojęć lub nawet pozbawienia ich treści. Zagadnienia te – rozmycie i wydrążenie z treści – są istotnym elementem podejścia do języka populizmu, prezentowanego przez E. Laclaua, w szczególności jego koncepcji „znaków pustych” (*empty signifiers*) oraz „znaków zmiennych” (*floating signifiers*)³³.

Według E. Laclaua populizm jest przede wszystkim logiką artykulacji – jest więc sposobem komunikowania się, który dokonuje określonych zmian w pojęciach będących elementem dyskursu publicznego³⁴. Jak pisze E. Laclau, populizm nie tyle wyraża naturę podmiotów społecznych, ile konstytuuje je poprzez artykulację³⁵.

(...) ruch nie jest populistyczny, ponieważ w swojej polityce lub ideologii prezentuje rzeczywiste treści, które można określić jako populistyczne, ale dlatego, że wykazuje szczególną logikę artykulacji tych treści – jakiegokolwiek by one nie były³⁶.

Główną tezę E. Laclaua jest twierdzenie, że populizm nie jest kategorią ontyczną, ale ontologiczną, co oznacza, że jego znaczenia nie powinno się szukać w jego treści, ale w szczególnym sposobie artykulacji, która powoduje „efekty strukturyzujące” na „poziomie sposobów reprezentacji”³⁷.

E. Laclau podkreśla, że narracja populistyczna odbywa się zawsze w relacji pomiędzy stroną żądającą oraz systemem, najczęściej systemem władzy. Szczególnie w zakresie żądań narracja nie jest oparta na konkretach, ponieważ konkretne, sprecyzowane żądania można by zaspokoić, co spowodowałoby wyczerpanie głównego paliwa populizmu, czyli społecznej frustracji. Stąd żądania muszą być wyrażone w języku ogólnym (przykład: „dekomunizacja sądów”), tak aby pełne ich zaspokojenie nie było możliwe albo nawet nie można było ustalić, na czym takie zaspokojenie miałyby polegać. E. Laclau nazywa

³³ E. Laclau, *Populism...*

³⁴ *Ibidem*, s. 33.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ E. Laclau, *Populism...*, s. 34.

to zjawisko „ubóstwem populistycznych symboli”³⁸, które realizuje się najlepiej przez tak zwane znaki puste (*empty signifiers*). Jak pisze:

konstrukcja popularnej podmiotowości jest możliwa tylko na podstawie dyskursywnie wytwarzanych, tendencyjnie pustych znaków. Tak zwane ubóstwo populistycznych symboli jest warunkiem ich politycznej skuteczności – ponieważ ich funkcją jest doprowadzenie do ekwiwalentnej homogeniczności wysoce heterogenicznej rzeczywistości, mogą to uczynić jedynie poprzez zredukowanie do minimum ich partykularnej zawartości. Na granicy tego procesu dochodzi do punktu, w którym funkcję homogenizującą pełni czysta nazwa: nazwisko przywódcy³⁹.

Rozwodnienie znaków działa jednak nie tylko po stronie żądań, ale także po stronie opisu systemu – po stronie „bieguna władzy”⁴⁰. Jeśli populizm atakuje „kastę sędziowską” czy też „praworządność”, to także te znaki ulegają rozwodnieniu. Cechą szczególną pojęć używanych przez populizm jest ich niestabilność, widoczna w ich płynnym wzbogacaniu i zubażaniu, w zależności od potrzeby. Nie ma już jasnej relacji „jeden *signifier*–jedno *signified*”. Następuje destabilizacja pojęciowa, zarówno w odniesieniu do „ludu” i jego żądań, jak i w odniesieniu do „systemu”, który „lud” chce zmienić. Jak podkreśla E. Laclau, wszystko to powoduje zasadniczą niestabilność pojęć⁴¹, a populistyczna artykulacja jest zmienna i zależy od kontekstu, dzięki czemu może być dowolnie pojęciowo rozszerzana bądź zawężana. Cechą kluczową populizmu jest bowiem kontestacja i redefinicja pojęć, prowadzona po obu stronach kluczowej dla populizmu dychotomii „lud–władza”⁴².

W efekcie centralne znaki dyskursu stają się puste, co oznacza, że

osłabiają [one – przyp. autora] swoje dawne związki z pewnymi konkretnymi treściami – treści te stają się doskonale otwarte na różnorodne ekwiwalentne reartykulacje. Wystarczy, że puste popularne znaki zachowają swój radykalizm – to znaczy zdolność do dzielenia społeczeństwa na dwa obozy⁴³.

Oprócz znaków pustych E. Laclau wyróżnia także „znaki zmienne” (*floating signifiers*) – które również destabilizują komunikację prowadzoną przez populizm:

Aby odnieść się do tej dwuznaczności popularnych sygnifikatorów i artykułowanych przez nie żądań, będziemy mówić o znakach pływających (*floating signifiers*). Rodzaj relacji strukturalnej, która je konstytuuje, różni się od tej, którą odkryliśmy w przypadku znaków pustych: podczas gdy te ostatnie zależą od w pełni rozwiniętej granicy wewnętrznej, wynikającej z łańcucha ekwiwalencji, znaki zmienne są wyrazem dwuznaczności właściwej wszystkim granicom i niemożności uzyskania przez nie ostatecznej stabilności⁴⁴.

38 *Ibidem*, s. 39.

39 *Ibidem*, s. 39–40. Co ciekawe, po stronie wrogów populizmu znaki także zostają zredukowane do poziomu nazwisk (Broniarze, Michniki itd.).

40 *Ibidem*, s. 40.

41 *Ibidem*, s. 40.

42 *Ibidem*, s. 40–41.

43 *Ibidem*, s. 42.

44 *Ibidem*, s. 43.

5. Nicola Lacey i niszczenie konwencji

Analizy E. Laclaua muszą zostać uzupełnione przez uwagi N. Lacey, która odnosi destabilizujące działania populizmu bezpośrednio do rządów prawa. Tym samym doprecyzowuje ona obszar, który atakuje „lud”, obszar „systemu”, który w tym przypadku jest systemem bezpieczników prawnych, ogólnie nazywanych „praworządnością”. N. Lacey analizuje

sposoby, w jakie współczesny dyskurs populistyczny podważa rządy prawa za pomocą różnych mechanizmów – zwłaszcza ustalania agendy, wpływu na politykę, wpływania na decyzje uznaniowe i niszczenia konwencji – uwzględniając warunki instytucjonalne i społeczne, które sprzyjają wzmocnieniu lub osłabieniu tych mechanizmów w konkretnych kontekstach⁴⁵.

Zjawisko atakowania przez populizm praworządności ma charakter niemal globalny. N. Lacey podkreśla, że jest on widoczny w takich krajach, jak: Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Francja, Niemcy, Austria, Holandia, Szwecja, Grecja, Włochy, a szczególnie dotyczy Węgier i Polski⁴⁶. We wszystkich tych miejscach doświadcza się ataku na „system” w postaci władzy sędziowskiej. Przykładem takiego ataku była m.in. reakcja mediów i polityków na decyzję angielskiego Sądu Najwyższego (Miller [2016] EWHC 2768) dotyczącą art. 50 traktatu o Unii Europejskiej i jego zastosowania do procesu opuszczania UE przez Wielką Brytanię. Symbolem tej reakcji stał się nagłówek określający sędziów jako „wrogów ludu”⁴⁷.

Także w USA za rządów prezydenta Trumpa miały miejsce szkalowanie sądów, a także próby nacisku na system wymiaru sprawiedliwości, które zdaniem N. Lacey dowodzą, że populizm jest szczególnym zagrożeniem dla konstytucjonalizmu w ogóle, a dla sądów w szczególności⁴⁸.

Głównym celem N. Lacey jest ustalenie, w jaki sposób populizm zagraża rządowi prawa. Realizacja tego celu wymaga zdefiniowania praworządności i tu autorka staje przed dylematem, czy zrobić to kryterialnie, czy paradygmatycznie. Odpowiednikiem pierwszego podejścia będą formalne wizje rządów prawa. Przykładem drugiego będzie funkcjonalne podejście do praworządności, reprezentowane między innymi przez M. Krygiera⁴⁹, w szczególności jego podejście teleologiczne do rządów prawa jako zbioru ideałów i ustaleń mających na celu ograniczenie władzy⁵⁰.

Jak pisze Lacey,

cechą wyróżniającą te grupy podejść jest ich kontekstualizm: w podejściu funkcjonalnym jest rzeczą oczywistą, że chociaż w istocie reprezentuje ideał i uznaje moralną wartość rządów prawa jako „sposobu zrzeszenia” między ludźmi [...], jego treść, to, czego rządy prawa

45 N. Lacey, *Populism and the Rule of Law*, „Annual Review of Law and Social Science” 2019, vol. 15 (abstract).

46 *Ibidem*, s. 4.

47 *Ibidem*, s. 4–5.

48 *Ibidem* s. 5.

49 M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*. In *Relocating the Rule of Law*, ed. G. Palombella, N. Walker, Oxford: Hart Publishing 2009, s. 45–69.

50 N. Lacey, *Populism...*, s. 7.

idealnie wymagają, oraz rozwiązania instytucjonalne, które są potrzebne, by nadać im moc obowiązującą, będą się zmieniać w czasie i przestrzeni oraz będą kształtowane przez szereg warunków kulturowych, instytucjonalnych i politycznych [...]. Podejścia te, podobnie jak podejścia merytoryczne, są wrażliwe na niebezpieczeństwo, że rządy prawa mogą przybierać powierzchowną formę, zamiast być w pełni osadzone w konwencjach i postawach wewnętrznych. W związku z tym opierają się wszelkim dychotomiom „idealizm/realizm” [...] i podkreślają, że wartości, do których aspirują rządy prawa, mogą zostać osiągnięte jedynie poprzez dokładne zrozumienie sposobu funkcjonowania poszczególnych systemów społecznych i politycznych⁵¹.

N. Lacey podaje szereg przykładów ukazujących, że rządy prawa nie mają ściśle określonej kryterialnej treści, ale są zmienne w czasie i przestrzeni (przykład Myanmaru i wczesnonowożytnej Anglii)⁵². Nie oznacza to jednak niestabilności ich treści, ponieważ stabilna pozostaje funkcja, którą rządy prawa pełnią.

N. Lacey definiuje populizm w następujący sposób:

Zasadniczo populizm jest wysoce umoralniającym podejściem do polityki, które przeciwstawia homogenicznych „nas, ludzi”, często pojmowanych w kategoriach etnicznych lub narodowych, ucieleśnionych w przywódcy, który przemawia w imieniu tej niezróżnicowanej zbiorowości i wyraża jej wolę, przeciwko przypuszczalnie „skorumpowanej” – stąd tendencja do teorii spiskowych w tym gatunku dyskursu politycznego – „elicie” (a także przeciwko różnego rodzaju mniejszościom „outsiderów”). Populizm jest ideologią [...], która uważa, że społeczeństwo jest ostatecznie podzielone na dwa jednorodne i antagonistyczne obozy, „czysty lud” i „skorumpowane elity”, i która twierdzi, że polityka powinna być wyrazem *volonté générale* (woli powszechnej) ludu [...]⁵³.

Tak rozumiany populizm wpływa na „ramę interpretacyjną” czy też „mapę mentalną”⁵⁴, którą posługują się aktorzy społeczni, a nieodzownym elementem tej ramy i tej mapy są oczywiście pojęcia. Takie ujęcie populizmu u N. Lacey jest możliwe, ponieważ, podobnie jak E. Laclau, uznaje ona populizm za „dyskurs” i to „dyskurs ambiwalentny”⁵⁵. Wpływając na ramę interpretacyjną demokracji, dyskurs populizmu ją „zniekształca”. Można z pewnością to zniekształcanie odnieść także do pojęcia praworządności.

Przykładem zniekształcenia praworządności jest pojęcie „dyskryminującego legalizmu”, który służy do represjonowania społeczeństwa obywatelskiego⁵⁶. Mimo że oparty na pozornym szacunku do prawa, jest on sprzeczny z praworządnością rozumianą w ujęciu funkcjonalnym, a więc widzianą z perspektywy jej skutków.

N. Lacey podkreśla, że czysto formalna koncepcja praworządności umożliwia taki właśnie legalizm „wojujący”, a przez to jest groźna⁵⁷. Powyższy proces prowadzi, zdaniem

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, s. 8.

⁵³ *Ibidem*, s. 9.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 10.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 13.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 13–14.

N. Lacey, do wypaczenia praworządności – do zamiany idei *rule of law* (rządów prawa) na ideę *rule by law* (rządów prawem, przez prawo):

Nie tylko dla zwolenników materialnych koncepcji rządów prawa, ale także dla tych, którzy przyjmują funkcjonalne spojrzenie na rządy prawa jako na nieodłącznie związane z ograniczeniem władzy [...], oznacza to zepsucie rządów prawa: coś, co możemy nazwać rządami przez prawo, a nie rządami prawa, aczkolwiek konkretna forma, jaką przybiera ten przewrót, będzie różna w zależności od czasu i miejsca⁵⁸.

6. R.G. Millikan i konwencje jako lineaż

Rozważania N. Lacey na temat niszczenia konwencji warto zestawzić z ujmowaniem konwencji jako ukształtowanych tradycyjnie lineażu R.G. Millikan. Filozofowie prawa na ogół uważają, że wkład R.G. Millikan do teorii konwencji ogranicza się do dwóch prac, w których krytykuje ona podejście D. Lewisa⁵⁹. Aby jednak w pełni docenić jej wkład w analizę konwencji, należy wziąć pod uwagę szerokie tło filozoficzne jej pracy⁶⁰.

R.G. Millikan stworzyła oryginalną, naturalistyczną teorię języka i umysłu – „biosemantykę” – opartą na biologii ewolucyjnej⁶¹. Teoria ta wyjaśnia kluczowe pojęcia filozofii umysłu i języka, w tym takie pojęcia jak przekonania, intencje, reprezentacje mentalne i racje, poprzez odniesienie do ich ostatecznych funkcji biologicznych oraz ich zależności od ewolucji biologicznej i kulturowej⁶².

Według R.G. Millikan język jest narzędziem przetrwania, które pomaga poruszać się w złożonym świecie, ułatwiając gromadzenie, przechowywanie i przekazywanie informacji o nim (język opisowy) oraz wyrażanie pomysłów na jego ulepszenie (język normatywny). R.G. Millikan zauważa, że „język jest po prostu bardzo dużym zbiorem istniejących precedensów użycia (tokenów)”⁶³. Znaki językowe rozprzestrzeniają się poprzez kopiowanie i tworzenie „lineażu”⁶⁴.

Pojęcia funkcji właściwej (*proper function*) i wartości przeżycia (*survival value*)⁶⁵ są kluczowe dla teorii R.G. Millikan. Funkcja właściwa jest definiowana przez nią jako:

⁵⁸ *Ibidem*, s. 14.

⁵⁹ Zob. R.G. Millikan, *Language Conventions Made Simple*, [w:] *Language: A Biological Model*, MIT 2005; R.G. Millikan, *A Difference of Some Consequence Between Conventions and Rules*, 27 *Topoi* 2008, s. 87–99.

⁶⁰ Tło to można odnaleźć w jej przełomowym dziele *Language, Thought and Other Biological Categories* (1984), a także w późniejszych pracach, m.in. *Beyond Concepts. Unicepts, Language, and Natural Information*, Oxford 2017.

⁶¹ R.G. Millikan, *Biosemantics*, „*Journal of Philosophy*” 1989, Volume 86, Issue 6, s. 281–297.

⁶² R.G. Millikan, *Language Conventions...*, s. 93–94.

⁶³ R.G. Millikan, *A Difference of Some Consequence...*, s. 92.

⁶⁴ R.G. Millikan, *Language: A Biological Mode*, Oxford 2005, s. 38.

⁶⁵ Pojęcia wartości przetrwania zdecydowanie nie należy rozumieć w wąskim sensie biologicznego przetrwania pojedynczego osobnika. Właściwe użycie konwencji językowych jest adaptacją do środowiska (społecznego), która zwiększa sprawność jednostki, sprawność innych jednostek w grupie oraz sprawność grupy, do której te jednostki należą. Ewolucyjne podejście do konwencji jest czasem postrzegane

własną funkcję rzeczy, tak nazywana, ponieważ to właśnie ta funkcja została wybrana lub zachowana w trakcie rozwoju gatunku, jednostki lub kultury, a więc funkcja, której pełnienie przez przodków tłumaczy jej istnienie⁶⁶.

Ponieważ zachowania kopiowane przez ludzi przynoszą pożądane efekty (tj. spełniają swoją funkcję właściwą), a tym samym poprawiają ich sytuację, mają one wartość przetrwania, tj. zwiększają sprawność organizmu i/lub grupy. Słowo funkcja w określeniu funkcja właściwa oznacza rolę przyczynową przypisywaną konkretnemu przedmiotowi lub wzorcowi zachowania i polega na wyniku, który prawdopodobnie zostanie przez nie osiągnięty. Wartość przeżycia jest również funkcją, ale lepiej ją rozumieć jako czynnik zwiększający ogólną „sprawność” czy „dostosowanie”. Pojedyncza konwencja realizuje konkretną funkcję. Jednak to, czy system jako całość realizuje funkcję globalną, a więc czy całościowo zwiększa wartość przetrwania, zależy od połączonego efektu funkcji właściwych, wywoływanego w odniesieniu do sprawności (dostosowania) jednostki lub grupy⁶⁷.

Funkcja właściwa i wartość przetrwania razem tworzą mechanizm leżący u podstaw rozprzestrzeniania się języka: język opisowy (gdzie jest prawdziwy) sprawia, że ludzie są lepiej przystosowani do warunków, w jakich funkcjonują, ponieważ mogą formułować trafne przekonania o świecie i opierać na nich swoje działania. Skuteczna konwencja kulturowa funkcjonująca w danej społeczności może przynieść jej i jej członkom wartość przetrwania. Adaptacjami, których przyjęcie zwiększa szanse przetrwania społeczności i jej członków, są na przykład lepsza koordynacja (osiągana np. dzięki zasadom ruchu drogowego) czy też unikanie konfliktów (np. dzięki konwencjom językowym umożliwiającym mediację)⁶⁸.

Teoria R.G. Millikan oparta jest na mocnych założeniach antypsychologicznych i antydeskrypcjonistycznych, w tym na założeniu, że kryterialne podejście do języka nie jest podejściem optymalnym. Twierdzi ona, że interakcje międzyludzkie, a zwłaszcza interakcje językowe, nie wymagają dużej wiedzy o umysłach innych osób, w tym o ich stanach umysłowych (przekonaniach, intencjach itp.). Jej antypsychologizm jest widoczny w jej druzgocącej krytyce H.P. Grice'a⁶⁹ oraz w jej krytyce „racjonalizmu znaczeń”⁷⁰, który jest elementem internalizmu semantycznego, a tym samym podejścia kryterialnego. R.G. Millikan radykalnie różni się od Grice'a co do przekonania o znaczeniu intencji w ludzkiej komunikacji – uważa, że nie jest ona potrzebna do opisanie mechanizmu tworzenia się znaczenia, podobnie jak inne stany mentalne, w tym przekonania na temat zbioru kryteriów decydujących o treści pojęć.

jako zredukowanie wyrafinowanych ludzkich osiągnięć do brutalnego materializmu i biologicznej walki o przetrwanie. Jednak teoria ewolucji może z powodzeniem pomóc wyjaśnić takie pozornie nie-naturalne zjawiska, jak altruizm czy sprawiedliwość; zob. B. Skyrms, *Evolution of the Social Contract*, Cambridge 2014.

66 R.G. Millikan, *Beyond Concepts. Unicepts...*, s. 223.

67 Zob. A.G. Wouters, *Explanation Without a Cause*, „Quaestiones Infnitae” XXIX, Zeno 1999, s. 30.

68 Zob. S. Bowles, Jung-Kyoo Choi, A. Hopfensitz, *The Co-evolution of Individual Behaviors and Social Institutions*, 223 „Journal of Theoretical Biology” 2003, s. 135–147.

69 R.G. Millikan, *Language, Thought...*, s. 52.

70 *Ibidem*, s. 326.

W ramach tej szerokiej koncepcji umysłu, języka i znaczenia R.G. Millikan przedstawia swoją teorię konwencji. Jak zauważa, konwencjonalność składa się z dwóch powiązanych ze sobą cech.

Po pierwsze naturalne konwencje składają się z wzorców, które są „reprodukowane [...]”. Po drugie fakt, że te wzorce się rozprzestrzeniają, wynika częściowo z wagi precedensu, a nie, na przykład, z ich wewnętrznie wyższej zdolności do pełnienia pewnych funkcji⁷¹. Konwencjonalne wzorce odtwarzane w czasie tworzą lineaż (np. lineaż okrzyku „Pali się!” to historia wszystkich jego zastosowań – aplikacji tokenów okrzyku w konkretnych sytuacjach życiowych). Powodem, dla którego zachowania są reprodukowane w czasie, jest ich udowodniona skuteczność w osiągnięciu rezultatów pożądanых przez współpracujących partnerów (np. ucieczka od źródła ognia).

7. Praworzadność – kryterialna czy paradygmatyczna?

Nasze idee i pojęcia pomagają nam radzić sobie z rzeczywistością – przynajmniej tak rozumie się ich funkcję w zorientowanej pragmatycznie filozofii kultury, która czerpie inspirację z teorii ewolucji i traktuje wytwory ludzkiego umysłu jako adaptacje do otaczającego nas świata. Jeśli tak jest, jakość naszych pojęć, a więc i jakość tego, co myślimy o rzeczywistości za pomocą tych pojęć, ma kluczowe znaczenie dla naszego funkcjonowania w świecie. Jeśli nasze idee i pojęcia są niedoskonałe, błędne czy niepraktyczne, powinniśmy działać w kierunku ich ulepszenia, bo tylko tak możemy zwiększyć zakres realizacji i funkcji właściwej, a tym samym zwiększyć stopień naszej adaptacji do otoczenia.

W tym artykule stawiam pytanie o jakość adaptacyjną naszego sposobu pojmowania słowa pojęcie, a w szczególności o to, które z podejść do natury pojęć – kryterialne czy paradygmatyczne – lepiej służy nam jako posługującym się pojęciami. Tak jak zła teoria może wywoływać ślepotę (*theory-induced blindness*), tak złe, niedoskonałe pojęcie pojęcia może wywoływać niezdarność w radzeniu sobie ze światem. Stawiam tezę, że tak właśnie jest z kryterialnym podejściem do pojęć – to podejście jest bardziej podatne na populistyczne manipulowanie ważnymi dla nas pojęciami, takimi jak praworzadność, i dlatego powinno być zastąpione podejściem paradygmatycznym, które na taką manipulację jest bardziej odporne.

Jakie argumenty można przedstawić na rzecz powyższej tezy? Po pierwsze w podzielonym coraz bardziej społeczeństwie bardzo trudno jest bronić przekonania, że jego członkowie podzielają kryteria pozwalające na wspólne identyfikowanie elementów rzeczywistości, które powinny być objęte danym pojęciem. Jeżeli pojęcie to podzielany przez społeczność zestaw kryteriów, czy to rozumiany jako zbiór warunków koniecznych i wystarczających (G. Frege), czy też jako wiązka opisów (J. Searle), stosowanie tego

⁷¹ Zob. R.G. Millikan, *Language Conventions...*, at 2. Dla R.G. Millikan precedens to działanie z przeszłości, które można powtórzyć w celu rozwiązania podobnego problemu: zaszczerpienie trafnego przekonania poprzez ponowne użycie znaku opisowego lub doprowadzenie do pożądanego stanu rzeczy poprzez ponowne wydanie dyrektywy (zob. R.G. Millikan, *A Difference of Some Consequence...*, s. 88).

podejścia do pojęć wymaga określonego poziomu zgody co do zbiorów kryteriów x_1 , x_2 i x_3 składających się na dane pojęcie. Tylko wtedy element rzeczywistości, który spełnia te kryteria, „podpada” pod dane pojęcie.

Jak jednak powiedziano, społeczeństwa są coraz bardziej podzielone i bardzo trudno jest stwierdzić, kto decyduje o kryteriach, które ma ono podzielać. W świetle tematu tego artykułu trzeba także podkreślić, że jednym z celów populizmu jest pogłębienie podziałów społecznych i użycie różnic w definiowaniu pojęć jako argumentów za tym, że pojęcia są w rzeczywistości puste (na tym, jak wskazano, polega próba wydrążenia z treści pojęcia praworządności, stosowana przez populistów). Jest to o tyle łatwe, że podejście kryterialne musi opierać się na pewnym poziomie abstrakcji – wyabstrahowanie typowych cech-kryteriów ze zbioru egzemplarzy jest przecież podstawą teoretyczną tego podejścia. Im wyższy poziom abstrakcji, tych łatwiej o manipulację, ponieważ tym bardziej abstrakcyjne pojęcie oddala się od namacalnej rzeczywistości i skutków danego ujęcia pojęcia dla naszego funkcjonowania w świecie.

W tym świetle podejście paradygmatyczne wydaje się dużo lepsze, dlatego że jest ono mniej abstrakcyjne i mniej oparte na ogólnych kryteriach, które muszą być objęte zgodą społeczną. Jak wskazano powyżej, w podejściu paradygmatycznym najistotniejsza jest konwencjonalna historia aplikowania pojęcia do świata, dzięki czemu pojęcia bardziej wiążą się z rzeczywistością zewnętrzną niż z ideami w naszych głowach. Kluczowym elementem podejścia paradygmatycznego jest także skupienie na funkcji właściwej pojęć, a więc na dobroczynnych skutkach, jakie ich zastosowanie przynosi. To odniesienie do rzeczywistości i funkcji czyni podejście paradygmatyczne bardziej namacalnym i weryfikowalnym.

Aby ukazać, w jaki sposób paradygmatyczne podejście do pojęć przewyższa podejście kryterialne, przynajmniej w zakresie przeciwdziałania procesom, które próbuje wywołać populizm (destabilizacja pojęć, wydrążanie ich z treści), przeanalizujemy najpierw znany filozoficznoprawny kasus orzeczenia w sprawie Riggs v. Palmer, aplikując do niego paradygmatyczne podejście do pojęć. Następnie, korzystając z doświadczenia zdobytego na tle tego przypadku, przeanalizujemy w ujęciu paradygmatycznym spór o pojęcie praworządności, który toczył się w ostatnich latach w Europie, w tym w Polsce.

W sprawie Riggs v. Palmer sąd musiał rozstrzygnąć, czy wnuk, który miał otrzymać majątek po swoim dziadku i otruł go, ponieważ obawiał się, że spadkodawca może zmienić testament, może mimo to dziedziczyć. W opinii większości sędziów, której autorem był sędzia Earl, stwierdzono, że nawet jeśli ustawodawca nie przewidział wyraźnie takiego przypadku, jak rozpatrywany, to ogólne zasady (np. zasada, że nikt nie powinien czerpać korzyści z wyrządzonego przez siebie zła) nie pozwalają wnukowi na posiadanie i korzystanie z majątku, a tym samym, że nie powinien on dziedziczyć. W zdaniu odrębnym sędzia Gray argumentował w sposób bardziej formalistyczny, że jeśli wnuk, który został ukarany za swój czyn w sprawie karnej, zostanie pozbawiony spadku, będzie oznaczało to podwójne ukaranie za ten sam czyn. Zdaniem Graya taka kara nie może być nałożona bez wyraźnego przepisu ustawowego, a sąd nie jest uprawniony do jej nałożenia, nawet jeśli taka decyzja jest podyktowana względami moralnymi.

Sprawa Riggs v. Palmer była wielokrotnie analizowana na różne sposoby, spróbujemy jednak podejść do niej z perspektywy porównywanych w niniejszym artykule koncepcji

pojęć – kryterialnej i paradygmatycznej. Spór między sędziami można bowiem postrzegać, jak się zdaje, jako starcie między tymi dwoma podejściami. Według sędziego Graya w sprawie oceny skuteczności testamentu należy stosować ten sam zestaw kryteriów, które były stosowane we wcześniejszych sprawach. W związku z tym testament, który spełniał wszystkie kryteria ustawowe i nie został odwołany, powinien zostać uznany za skuteczny. Innymi słowy, egzemplarz testamentu, na którego podstawie wnuk miał dziedziczyć, „podpada” pod pojęcie „skutecznego testamentu”, ponieważ spełnia zestaw kryteriów definiujących „skuteczny testament”.

Podejście sędziego Earla można postrzegać jako bardziej paradygmatyczne: to, czy sytuacja docelowa (testament Palmera) była istotnie podobna do sytuacji źródłowych (poprzednich testamentów), zależało od czegoś więcej niż spełnienie sztywnego zestawu kryteriów. Sprawa ta różniła się od poprzednich spraw dotyczących testamentów tym, że beneficjent zamordował spadkodawcę. Element, który możemy określić jako „niezabicie testatora”, był składową poprzednich sytuacji źródłowych (poprzednich skutecznych testamentów), jednak nie trafił do definicji „zdolności do dziedziczenia” czy „bycia beneficjentem testamentu”, być może dlatego, że wydawał się oczywisty. Innymi słowy, element ten nie był objęty „wierzchołkiem góry lodowej” (zestawem wąskich kryteriów), ale stanowił istotny fakt będący elementem „tła”.

Dlatego sytuacja docelowa (sprawa *Riggs v. Palmer*), a więc nowa sytuacja zastosowania pojęć „zdolność do dziedziczenia” czy „skuteczny testament”, różni się w istotny sposób od poprzednich sytuacji aplikowania tych pojęć (sytuacji źródłowych), ponieważ zawiera element „zabicie testatora”. Uzasadnia to wnioski odmienne od wniosków w sytuacjach źródłowych i słusznie doprowadziło sędziów do konkluzji, że sytuacja docelowa (testament Palmera) nie powinna być traktowana jako podpadająca pod pojęcie „zdolności do dziedziczenia” czy „skutecznego testamentu”. W sprawie tej widoczne jest także podejście funkcjonalne, charakterystyczne dla podejścia paradygmatycznego, a więc odrzucenie formalizmu i skupienie się na tym, czy w danych okolicznościach funkcje całościowo rozumianej praktyki sporządzania i wykonywania testamentów zostają osiągnięte.

Podobną analizę można przeprowadzić w odniesieniu do pojęcia praworządności, oczywiście z zastrzeżeniem, że jest to analiza prowadzona na zupełnie innym poziomie ogólności i niezwiązana z konkretnym orzeczeniem sądowym, a raczej ze sposobem argumentacji przyjmowanym przez strony sporu o praworządność. Po pierwsze trzeba podnieść, że podejście do pojęcia praworządności, oparte na teorii kryterialnej, sprzyja realizacji celów społecznych populizmu w tym sensie, że wymaga intersubiektywnej zgody co do treści pojęć. Ponieważ populizm neguje istnienie takiej zgody (np. poprzez argumentację o swoistym, lokalnym, polskim rozumieniu praworządności, które jest odmienne od rozumienia „europejskiego”), łatwo jest mu wyprowadzić twierdzenie o pustce pojęciowej (*empty signifiers* E. Laclaua), a tym samym wypełnić pojęcie dowolną treścią.

Co więcej, populiści w swojej narracji starają się wykorzystać także podejście paradygmatyczne, choć robią to w sposób częściowy, a przez to manipulacyjny. Tę strategię widać w argumentacji opartej na porównywaniu sytuacji praworządności w Polsce i innych krajach europejskich (Hiszpania, Niemcy), a następnie w twierdzeniu, że między tymi paradygmatycznymi przypadkami istnieją podobieństwa (np. co do elementu

„powoływanie sędziów przez polityków”). To podobieństwo w rozumieniu narracji populistycznych w pełni uzasadnia zastosowanie pojęcia praworządności także do sytuacji polskiej czy węgierskiej.

Obroną przed powyższą populistyczną strategią może być jedynie całościowo zastosowanie paradygmatycznego podejścia do pojęcia praworządności, zgodne z programem teoretycznym proponowanym przez R.G. Millikan i F. Recanatiego. Według tego programu o zasadności zastosowania pojęcia praworządności do danej sytuacji docelowej (np. sytuacji praworządności w Polsce czy na Węgrzech) decyduje całościowe podobieństwo do wcześniejszych sytuacji, tworzących lineaż aplikacji terminu „praworządność”. Jak w każdym przypadku lineażu sytuacje źródłowe, w których dana rzeczywistość była określana jako „praworządność”, miały szereg cech. Zgodnie z narracją populistów „zakazu powoływania sędziów przez polityków” nie było wśród nich – takie powołania się zdarzają w państwach co do zasady uznawanych za praworządne. Sytuacja docelowa (kryzys konstytucyjny w Polsce) ma w sobie element powoływania sędziów przez polityków i ten fakt jest wykorzystywany do twierdzenia, że sytuacja polska nie spełnia warunków „praworządności”. Populizmowi łatwo sobie z tym argumentem poradzić, ponieważ wystarczy mu stwierdzić, że kryterium „niepowoływania sędziów przez polityków” nie ma w zbiorze kryteriów składających się na pojęcie praworządności albo też, że element powoływania sędziów przez polityków jest składową niektórych sytuacji źródłowych, w których pojęcie to było dotychczas aplikowane.

Aby ukazać manipulacyjny charakter narracji populistycznej, konieczne jest całościowe zastosowanie modelu paradygmatycznego, w szczególności rozróżnienia na „wierzchołek góry lodowej” oraz „tło”, a także zastosowanie podejścia eksternalistyczno-funkcjonalnego, które analizuje wpływ pojęcia na rzeczywistość zewnętrzną. Jeśli dla przykładu za elementy „wierzchołka góry lodowej”, a więc za najbardziej typowe cechy praworządności uznamy funkcjonowanie instytucji sądowych, odrębnych instytucjonalnie od legislatywy i egzekutywy, stan praworządności w Polsce i na Węgrzech spełnia ten warunek. Jednocześnie, jeżeli jedynym zarzutem będzie to, że politycy mają wpływ na powoływanie sędziów w tych dwóch krajach, nie będzie to wystarczający argument, aby stwierdzić, że aplikacja pojęcia „praworządność” do sytuacji, która w tych krajach ma miejsce, była niemożliwa. Wynika to z faktu, że, jak wspomniano, istnieją przykłady krajów, gdzie takie powołania mają miejsce i nie powoduje to kwestionowania stanu praworządności.

Stąd, aby ocenić możliwość bądź niemożliwość aplikacji pojęcia praworządności, konieczne jest całościowe porównanie sytuacji źródłowych z sytuacjami docelowymi, w szczególności porównanie w zakresie cech „tła”. Cechą charakterystyczną sytuacji, z którą mamy do czynienia w Polsce jest to, że ogromna większość sędziów zdecydowanie sprzeciwia się działaniom legislatywy i egzekutywy wobec sądów, podczas gdy tego typu zachowania nie mają miejsca w innych krajach, w tym w tych, w których politycy są zaangażowani w powoływanie sędziów. Czy ten element obecnej sytuacji może mieć znaczenie dla oceny, czy w Polsce panuje praworządność?

Tylko wtedy, gdy uznamy, że przedmiotem porównania nie są poszczególne cechy sytuacji, ale jej całościowy charakter. Przy bliższej analizie okaże się, że opór sędziów wobec interwencji legislatywy i egzekutywy w niezależność sądów (a tym samym

w praworządność) jest spowodowany innymi cechami sytuacji docelowej, m.in.: faktem atakowania sędziów za wydane wyroki, mobbingiem sędziów i prokuratorów, odsuwaniem sędziów od prowadzonych spraw, wykorzystywaniem postępowań dyscyplinarnych do wpływania na treść wyroków itp. Te cechy sytuacji docelowej (a więc sytuacji, która ma miejsce w Polsce) różnią ją od sytuacji źródłowych, a jednocześnie różnica ta jest widoczna dopiero po porównaniu cech tła. Dodatkowo sytuacja w Polsce ma w sobie elementy wydrążania instytucji (*hollowing-out of institutions*), a więc pozbawienia ich funkcji przez powołanie piastunów wiernych politykom, którzy powodują zaprzestanie wykonywania funkcji przez instytucję⁷². Także obecność tych cech powoduje, że całościowo oceniana sytuacja docelowa różni się istotnie od sytuacji źródłowych, a tym samym nie pozwala na odniesienie pojęcia praworządności do sytuacji docelowej. Co więcej, w myśl teorii R.G. Millikan aplikacja pojęcia praworządności do sytuacji, która zasadniczo różni się od wcześniejszych sytuacji, będących elementem lineażu, powoduje utratę przez to pojęcie jego funkcji właściwej. Tak jak nazwanie czegoś niejadalnego „jadalnym” zaprzepaszcza funkcję właściwą terminu „jadalny” (którą jest oznaczanie fragmentów rzeczywistości, które można bez szkody dla zdrowia organizmu jeść), tak nazwanie „praworządnością” czegoś, co praworządne nie jest (bo nie jest relewantnie podobne do wcześniejszych sytuacji zastosowania tego pojęcia), zatracą funkcję właściwą terminu „praworządność”.

Powyższe rozważania, choć skoncentrowane na semantyce i sposobie rozumienia pojęć, nie są oderwane od realnych problemów praworządności. Analiza pism takich autorów jak chociażby M. Krygier pozwala na stwierdzenie, że wyróżniają oni dwa podejścia do zagadnienia praworządności. Te podejścia, jak się zdaje, w pewnym sensie odpowiadają rozróżnieniu na podejście kryterialne i podejście paradygmatyczne, które – w szczególności w ujęciu R.G. Millikan, ma charakter teleologiczny, a więc zakłada, że o istocie zjawisk takich jak praworządność nie decyduje ich forma, ale raczej funkcja, przez którą rozumie się zorientowanie na cel (*telos*). Jak wskazuje M. Krygier, to drugie, teleologiczne podejście jest bardziej właściwe i nie może być zastąpione przez podejście oparte na zbiorze koniecznych i wystarczających kryteriów:

Właściwym sposobem podejścia do rządów prawa nie jest proponowanie, jak to zwykle czynią prawnicy, listy cech praw i instytucji prawnych, które rzekomo są konieczne, jeśli nie wystarczające, aby rządy prawa mogły istnieć; pozwolę sobie nazwać to podejściem anatomicznym. Należałoby raczej zacząć od teleologii, a skończyć na socjologii. To znaczy, proponuję, abyśmy zaczęli od pytania, po co nam państwo prawa, przez co rozumiem nie zewnętrzne cele, którym może ono służyć, takie jak wzrost gospodarczy czy demokracja, ale coś w rodzaju jego *telosu*, sensu przedsięwzięcia, celów wewnętrznych, immanentnych dla tej koncepcji⁷³.

Powyższa argumentacja potwierdza, że w rozważaniach nad praworządnością konieczne jest przejście z analizy kryterialnej na analizę funkcji, którą realizują elementy zjawiska nazywane praworządnością. Aby było to możliwe, uzasadnione jest odejście od

72 K. Scheppele, *Autocratic Realism*, „University of Chicago Law Review” 2018, vol. 85, iss. 2, article 2, s. 577.

73 M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, [w:] *Re-locating the Rule of Law*, red. G. Palombella, N. Walker, Oxford 2008.

Frageńskiego podejścia do pojęć na rzecz podejścia proponowanego między innymi przez R.G. Millikan, a opartego na analizie tego, w jaki sposób nasze pojęcia wpływają na rzeczywistość i jaką funkcję wobec niej pełnią.

8. Praworzędność – definicja czy tradycja?

W świetle wcześniej przytoczonych rozważań na temat koncepcji R.G. Millikan i F. Re-canatiego ciekawe jest to, że N. Lacey uznaje za jedno z podstawowych narzędzi populizmu „niszczenie konwencji” (*convention-trashing*) oraz oddziaływanie na wykonywanie przez sędziów władzy dyskrecyjnej, która ma szczególny wpływ na wykonywanie przez prawo jego funkcji⁷⁴. Samo zjawisko niszczenia konwencji, które szczególnie zagraża praworzędności, N. Lacey przedstawia jako atak na tę sferę życia publicznego, nazywaną konstytucjonalizmem, która zależy

od zestawu postaw i przyjętego sposobu stowarzyszenia się, których nie da się uchwycić ani w pełni egzekwować za pomocą zasad, choćby najbardziej wyszukanych. Oznacza to, że internalizacja ideałów normatywnych związanych z rządami prawa przez tych, którzy sprawują władzę, jest kluczem do ich trwałości. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do rozbudowanych konwencji, które towarzyszą funkcjonowaniu każdej konstytucji⁷⁵.

Na to konwencjonalne otoczenie instytucji atak przypuszcza populizm, który niszczy konwencje, co z kolei powoduje, że przestają one realizować swoją funkcję. N. Lacey podaje przykłady niszczenia konwencji przez D. Trumpa, w szczególności lekceważenie obowiązujących od dawna konwencji dotyczących konfliktu interesów i nepotyzmu oraz decyzję o wprowadzeniu dużej części swojej rodziny do Białego Domu na stanowiska o bardzo znaczącej władzy wykonawczej. To zjawisko niszczenia konwencji występuje także w Polsce. Jak pisze N. Lacey:

obejmuje ono również ostatnie wydarzenia na Węgrzech i w Polsce, że choć przestrzeganie praworzędności jest jednym z warunków przystąpienia do UE, to dalsze przestrzeganie jest konwencją w tym sensie, że zależy od samoograniczenia, a UE dysponuje jedynie stosunkowo słabymi narzędziami do dyscyplinowania krajów, które zlikwidują kluczowe aspekty państwa prawa, w szczególności niezależność sądownictwa⁷⁶.

Ponieważ ta tkanka konwencjonalna jest bardziej delikatna i podatna na naruszenia niż twarde, ustanowione prawo, atak na konwencje jest szczególnie groźny dla praworzędności i konstytucjonalizmu.

Główną tezę tego opracowania jest twierdzenie, że spośród dwóch rodzajów myślenia o pojęciach prawnych – kryterialnym i paradygmatycznym – to drugie ukazuje

⁷⁴ N. Lacey, *Populism and the Rule...*, s. 15–16.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

nam, w jaki sposób można bronić stabilności pojęć używanych w obszarze państwa i prawa. Pojęcia pojmowane w sposób kryterialny wymagają zgody co do kryteriów, a tę w sytuacji permanentnego sporu podsycanego przez populizm nie sposób osiągnąć. Jednocześnie psychologiczne i internalistyczne założenia kryterialnej koncepcji pojęć umożliwiają dosyć łatwy proces zakwestionowania zestawu kryteriów proponowanych przez grupę X i zastąpienie ich kryteriami proponowanymi przez grupę Y. Łatwiejsze jest także wydrążanie treści pojęć i zamienianie ich w *empty* albo *floating signifiers*.

W przypadku paradygmatycznej koncepcji pojęć, która powiązana jest z koncepcją konwencji jako lineazy powtarzalnych zachowań realizujących określoną funkcję właściwą (R.G. Millikan), manipulacja treścią pojęć jest trudniejsza. Na straży ich stabilności stoją tradycja ich użyć oraz podobieństwo sytuacji docelowych w stosunku do sytuacji źródłowych (F. Recanati) oraz możliwość wykazania, że zmiana sposobu posługiwania się pojęciem, często mająca postać niszczenia konwencji (N. Lacey), powoduje, że zaprzepaszczona zostaje funkcja właściwa. Z powyższych powodów każdy populizm jest w pewnym sensie oparty na zaprzeczeniu tradycji zachowań, na zakwestionowaniu jej, a następnie na manipulacji historią, która pozwala uzasadnić zmieniony sposób posługiwania się pojęciem. Ponieważ tradycja stoi na straży stabilności, aby zdestabilizować system, trzeba zakwestionować tradycję. Jednocześnie w odniesieniu do naszych kluczowych pojęć, takich jak praworządność, o ich naturze decyduje nie definicja, ale tradycja właśnie.

Ta myśl nie jest nowa, a jej prawdziwość nie ogranicza się do sfery pojęć prawnych. Rozumiał ją Stary Węgłarz, który w poruszającym zakończeniu „Misia” – jednego z najbardziej przenikliwych polskich filmów mówi:

Tradycji nie możesz uchwałą specjalną zarządzić ani jej ustanowić. [...] Tradycja to dąb, który 1000 lat rósł w górę. Niech nikt kielka małego z dębem nie przymierza! Tradycja naszych dziejów jest warownym murem. [...] To jest ojców mowa, to jest nasza historia, której się nie zmieni. A to, co dookoła powstaje od nowa, to jest nasza codzienność, w której my żyjemy.

W świetle przeprowadzonych w niniejszym opracowaniu analiz jasne okazuje się, że stanie na straży tradycji, która rozwinęła konwencje językowe, przede wszystkim niezgoda na ich niszczenie, a także całościowe, paradygmatyczne podejście do naszych pojęć, stanowi lepszą strategię obrony przed atakiem populizmu na stabilność najważniejszych dla prawa pojęć, z pojęciem praworządności na czele.

Bibliografia

- Bowles S., Jung-Kyoo Ch., Hopfensitz A. *The Co-evolution of Individual Behaviors and Social Institutions*, 223 „Journal of Theoretical Biology” 2003.
- Głowiński M., *Nowomowa po polsku*, Warszawa 1990.
- Klemperer V., *LTI. Notatnik Filologa*, Kraków–Wrocław 1983.
- Krygier M., *Illiberalism and the Rule of Law*, [w:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, red. A. Sajo, R. Uitz, S. Holmes, Routledge 2021.
- Krygier M., *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, [w:] *Relocating the Rule of Law*, red. G. Palombella, N. Walker, Oxford: Hart Publishing 2009.
- Lacey N., *Populism and the Rule of Law*, Working paper 28, January 2019, LSE International Inequalities Institute.
- Laclau E., *Populism: What’s in a Name?* [w:] *Populism and the mirror of democracy*, red. F. Panizza, Verso 2005.
- Millikan R.G., *Beyond Concepts. Unicepts, Language, and Natural Information*, Oxford 2017.
- Millikan R.G., *Biosemanantics*, „Journal of Philosophy” 1989, Vol. 86.
- Millikan R.G., *Language: A Biological Model*, Oxford 2005.
- Millikan R.G., *Language, Thought and Other Biological Categories*, MIT Press 1984.
- Millikan R.G., *A Difference of Some Consequence Between Conventions and Rules*, 27 *To-poi* 2008.
- Orwell G., *Rok 1984*, przeł. D. Konowrocka-Sawa, W.A.B. 2021.
- Recanati F., *Literal Meaning*, Cambridge University Press 2004.
- Saussure de F., *Kurs językoznawstwa ogólnego*, przeł. K. Kasprzyk, Warszawa 2002.
- Scheppele K., *Autocratic Realism*, „University of Chicago Law Review” 2018, vol. 85, iss. 2, article 2.
- Skyrms B., *Evolution of the Social Contract*, Cambridge 2014.
- Soames S., *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation*, [w:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, red. A. Marmor, S. Soames, OUP 2011.
- Waismann F., *Verifiability*, [w:] *Logic and Language*, red. A. Flew, 1st series, Blackwell 1951.
- Weasel word*, https://en.wikipedia.org/wiki/Weasel_word, dostęp: 24.08.2022 r.
- Wouters A.G., *Explanation Without a Cause*, „Quaestiones Infnitae” XXIX, Zeno 1999.
- Ziobro skarży mechanizm „pieniądze za praworządność”. TK opublikował wniosek*, „Gazeta Wyborcza”, 15 stycznia 2022 r.

Sławomir Patyra¹

UMCS w Lublinie

ORCID ID: 0000-0002-6331-9006

ZADANIA SAMORZĄDU RADCÓW PRAWNYCH W ŚWIETLE ART. 17 UST. 1 KONSTYTUCJI RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

ABSTRAKT

Artykuł podejmuje problematykę konstytucyjnych podstaw funkcjonowania samorządu zawodowego radców prawnych, określonych w art. 17 ustawy zasadniczej. Autor podkreśla szczególną wagę funkcjonowania niezależnych od władzy politycznej samorządów prawniczych, łącząc ich konstytucyjne atrybuty z aksjologią ustroju demokratycznego. Potrzebę zachowania niezależnego samorządu radców prawnych wywodzi z ich ustrojowej funkcji protektorów wolności i praw jednostki oraz współpracowników wymiaru sprawiedliwości. Kluczowym determinantem miejsca i roli samorządów prawniczych w systemie organów ochrony prawa jest przypisany im konstytucyjnie status zawodów zaufania publicznego i powiązana z nim funkcja ochrony interesu publicznego w działalności samorządu radców prawnych. W dalszej części opracowania autor skupia się na kwestii realizowania przez samorząd radcowski pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu, m.in. za pomocą mechanizmów odpowiedzialności dyscyplinarnej, która w istocie służyć ma gwarantowaniu niezależnej politycznie, rzetelnej, a przez to efektywnej pomocy prawnej, świadczonej przez radców prawnych wobec ich klientów. W ostatniej części

¹ Doktor habilitowany, prof. UMCS w Lublinie, kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego i Centrum Badań nad Parlamentaryzmem przy Instytucie Nauk Prawnych UMCS, radca prawny, stały współpracownik Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych.

publikacji autor wskazuje na aktualne zagrożenia dla konstytucyjnie gwarantowanej niezależności samorządu radców prawnych, ich źródeł upatrując w konsekwentnym kwestionowaniu przez władzę polityczną standardów praworządności. Do jej przejawów zalicza m.in. nadmierną ingerencję Ministra Sprawiedliwości w sferę funkcjonowania samorządu radcowskiego oraz próby kwestionowania przez polityków rządzącej większości zgodności z Konstytucją RP fundamentalnej dla niezależnego i efektywnego funkcjonowania samorządu radców prawnych zasady obowiązkowej przynależności do tego samorządu.

Słowa kluczowe: samorząd zawodowy, niezależność, ochrona interesu publicznego, praworządność

I. Wprowadzenie

Wykonywanie zawodów zaufania publicznego w Polsce oparte jest na podstawie konstytucyjnej. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.² (dalej: Konstytucja) w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Już na wstępie rozważań należy zauważyć, że przywołana norma ujęta jest w systematyce Konstytucji w rozdziale poświęconym zasadom naczelnym ustroju, co jednoznacznie wskazuje na wysoką rangę, jaką funkcjonowaniu samorządów zawodowych osób wykonujących zawody zaufania publicznego przyznał ustrojodawca.

Artykuł 17 Konstytucji wpisuje się w formułę decentralizacji władzy publicznej, w postaci tzw. decentralizacji rzeczowej, polegającej na powierzeniu samodzielnym organom lub organizacjom, z reguły samorządowym, zarządzania określonymi rodzajami spraw³. Idea decentralizacji *sensu largo* jest bezpośrednio związana z ustrojem demokratycznym i statuowaną w nim zasadą suwerenności narodu (art. 4 Konstytucji). Jak zgodnie wskazuje się w doktrynie, struktury zdecentralizowane znacznie skuteczniej zaspokajają potrzeby suwerena, obywatelom zaś o wiele łatwiej jest wywierać wpływ na organy władzy publicznej⁴. Samorząd zawodowy ma na celu wykonywanie zadań publicznych niewykonywanych przez państwo oraz samorząd terytorialny choć – analogicznie do zadań samorządu terytorialnego – zawód zaufania publicznego również polega na zaspokajaniu istotnych potrzeb ludzkich⁵. Inaczej jednak niż ma to miejsce w odniesieniu do organów samorządu terytorialnego, przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji reguluje zawody, których istota polega na wykonywaniu czynności zawodowych wobec konkretnych, zindywidualizowanych osób. Jednocześnie podejmowanie tych czynności wiąże się z dopuszczaniem osób je wykonujących do sfery prywatności osób

² Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

³ Zob. Z. Cieślak i in., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2002, s. 102.

⁴ Zob. m.in. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 15*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 3.

⁵ Zob. P. Tuleja, *Komentarz do art. 17*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 77–78.

korzystających z owych świadczeń⁶. Immanentnym korelatem wykonywania zawodu zaufania publicznego jest zaufanie ze strony osób będących beneficjentami świadczeń. Szczegółowe ramy organizacyjne i funkcjonalne samorządu zawodowego kształtuje ustawodawca. Ustawa określa zarówno warunki wykonywania zawodu, jak również gwarancje jego samodzielności w wykonywaniu powierzonych mu zadań⁷. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego „zaufanie publiczne” stanowi konglomerat szeregu czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej⁸.

Posługując się terminem „zawód zaufania publicznego”, ustrojodawca nie doprecyzował w art. 17 ust. 1 Konstytucji katalogu owych zawodów. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego obejmuje on m.in. zawody prawnicze, w tym zawód radcy prawnego, co implikuje konieczność poddania go szczególnej procedurze reglamentacyjnej. W ustroju demokratycznym zarówno adwokaci, jak i radcowie prawni postrzegani są nie tylko jako osoby zaufania publicznego, ale również jako *sui generis* protektorzy praworządności i współpracownicy wymiaru sprawiedliwości⁹. Z tak określoną rolą ustrojową immanentnie wiąże się konieczność zagwarantowania niezależności wykonywania tego zawodu. Pomoc prawna świadczona przez niezależnych od władz publicznych prawników jest bowiem jedną z niezbędnych gwarancji właściwej ochrony praw podmiotowych, przy czym konstrukcja tego szczególnego instrumentu ochrony tych praw musi obejmować odpowiedni poziom wiedzy prawniczej i odpowiednią postawę etyczną prawników, a także ustrojowe gwarancje ich niezależności. Jedną z nich stanowi szczególna ochrona związana z przynależnością do samorządu zawodowego prawników.

Nabór do zawodu i poprzedzające go przygotowanie do jego wykonywania powinny gwarantować wysoką jakość wykonywania czynności zawodowych, gdyż tego wymaga ochrona interesu publicznego, stanowiąca podstawową przesłankę wyodrębnienia tej grupy profesji w art. 17 ust. 1 Konstytucji. Ponadto – jak wielokrotnie podkreślał trybunał w kolejnych judykatach – zawody zaufania publicznego wiążą się z koniecznością zapewnienia szczególnej ochrony odbiorców świadczonych przez ich przedstawicieli usług, gdyż usługi te związane są ze szczególnym ryzykiem. W konsekwencji – z punktu widzenia ustrojowego – niezbędna jest odpowiednia weryfikacja przygotowania do ich wykonywania, w tym do wykonywania zawodu radcy prawnego, zarówno z punktu widzenia merytorycznego, jak i etycznego, w której to weryfikacji samorząd zawodowy powinien odgrywać wiodącą rolę¹⁰.

⁶ Zob. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 17, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 1–2.

⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 2010 r., K 1/09.

⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., P 21/02.

⁹ Szerzej zob. S. Patyra, *Radca prawny jako „osoba trzecia”? Refleksje na temat niezależności radcy prawnego w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości UE na kanwie połączonych spraw C-515/17 P i C-561/17 P Uniwersytet Wrocławski przeciwko Agencji Wykonawczej ds. Badań Naukowych (REA)* [w:] *Niezależność radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020, s. 77.

¹⁰ W kwestiach tych Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się m.in. w wyrokach: z 26 listopada 2003 r., SK 22/02; z 19 kwietnia 2006 r., K 6/06; z 8 listopada 2006 r., K 30/06 oraz z 2 lipca 2007 r., K 41/05.

II. Aksjologiczne podstawy funkcjonowania samorządu zawodowego radców prawnych

Świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych w Polsce, jako demokratycznym państwie prawnym chroniącym wolności i prawa człowieka, stanowi zasadniczy element określający pozycję prawną i szczegółowe funkcje ustrojowe nie tylko samych radców prawnych, ale również zrzeszającego ich samorządu zawodowego. Tym samym samorząd zawodowy – jako jedyna dopuszczalna formuła zorganizowania radców prawnych w ramach ich działalności – stanowi *sui generis* element ustroju Rzeczypospolitej, opartego na idei prymatu Konstytucji w systemie źródeł prawa oraz na zasadzie legalizmu, wyznaczającej granice możliwości działania organów władzy publicznej¹¹.

Równie ważną zasadą konstytucyjną, która kreuje miejsce i znaczenie samorządu zawodowego w systemie ustrojowym Rzeczypospolitej Polskiej, jest wspomniana uprzednio decentralizacja. Jej cel stanowi wszak deetatyzacja funkcji publicznej, poprzez powierzenie jej korporacjom samorządowym, które w ten sposób stają się podmiotami władztwa publicznego. Władztwo to wyraża się w sprawowaniu pieczy nad należytych wykonywaniem danego zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Formuła ta bezpośrednio nawiązuje do konstytucyjnego założenia postrzegania państwa jako „dobra wspólnego”, w znaczeniu przyjętym w art. 1 Konstytucji. Przedmiotem tak rozumianej pieczy jest należyte wykonywanie zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Obejmuje ono zarówno realizację odpowiednich obowiązków ustawowych, jak również urzeczywistnianie norm etycznych, wynikających z kodeksów etyki. Deontologia stanowi bowiem nieodzowny czynnik funkcjonowania zawodu zaufania publicznego. Sprawowanie pieczy musi również uwzględniać zasady współżycia społecznego, względy moralne i obyczajowe.

Istotnym determinantem prawidłowego funkcjonowania samorządu zawodowego jest ochrona interesu publicznego. Formuła ta zbliża status jego członków do statusu funkcjonariuszy publicznych. Jak wskazuje P. Sarnecki, powierzenie korporacjom samorządu zawodowego troski o ochronę interesu publicznego jest wyrazem zaufania państwa do danej grupy zawodowej i jej organizacji. Konsekwencją powierzenia samorządowi zawodowemu tak doniosłej funkcji jest obligatoryjność członkostwa w jego strukturach osób wykonujących dany zawód, co – poprzez procedury selekcji kandydatów do wykonywania zawodu – zapewnić ma właściwe jego wykonywanie¹². Zarówno koncepcja obowiązkowej przynależności do samorządu zawodów zaufania publicznego, jak również zasadność ustawowych ograniczeń swobody ich wykonywania były wyraźnie akcentowane w dyskusji nad ostatecznym kształtem art. 17

¹¹ Por. Z. Maciąg, *Samorząd zawodowy radców prawnych a wolność wykonywania zawodu*, [w:] *Ustroje. Tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, red. P. Mikuli, J. Karp, G. Kuca, Warszawa 2015, s. 155.

¹² Por. J. Ciapała, *Samorzędy osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] *Samorzędy w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, s. 317.

Konstytucji, prowadzonej w toku prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego¹³.

Jak wskazuje J. Ciapała, samorząd zawodowy radców prawnych chroni interes publiczny na wiele sposobów: poprzez ochronę interesów indywidualnych i grupowych, oddziaływanie na proces stanowienia i stosowania prawa, jak również kształtowanie szeroko rozumianej kultury szacunku dla prawa i powiązanych z nim demokratycznych wartości¹⁴. Należy jednak pamiętać, że zadania samorządu zawodowego to zarazem zadania jego członków. Przynależność do samorządu, który kieruje się w swojej działalności etosem szacunku dla wartości konstytucyjnych, w szczególności zasady demokratycznego państwa prawnego, obliguje radców prawnych do tego, by wskazane wartości uczynili wyznacznikiem swoich działań zawodowych. Niezaprzeczalne jest, że świadczenie na rzecz klienta usług wysokiej jakości stanowi funkcję ochrony interesu publicznego, gdyż niewątpliwie pogłębia zaufanie – zarówno do prawa, jak i osób wykonujących zawody zaufania publicznego¹⁵.

Interes publiczny, postrzegany przez pryzmat aksjologii demokratycznego państwa prawa, nie może być przy tym kojarzony z żadną partią polityczną ani z żadną ideologią, a jedynie z elementarną zasadą, leżącą u podstaw państwa prawnego: „W państwie prawnym rządzi prawo, nie wola polityczna, a normy prawne mają pierwszeństwo stosowania przed wszelkimi innymi normami”. Na straży tak rozumianego interesu publicznego stoi samorząd zawodowy radców prawnych w państwie demokratycznym. Jego funkcjonowanie powinno czynić zadość standardom wynikającym z aksjologii konstytucyjnej i opierać się na regulacjach ustawowych odpowiadających standardom międzynarodowym i europejskim. Zgodność z tymi standardami powinna ujawniać się nie tylko w sferze prawotwórstwa, ale również w obszarze praktyki stosowania prawa przez organy władzy publicznej. Jest to o tyle naturalne, że konstytucyjne założenia ustrojowe, związane z funkcjami samorządu radców prawnych, pokrywają się generalnie z założeniami wynikającymi z norm i standardów międzynarodowych i europejskich dotyczących niezależności prawników świadczących pomoc prawną i ich samorządów. Regulacje normatywne, a także akty stosowania prawa właściwych organów Organizacji Narodów Zjednoczonych, Rady Europy i Unii Europejskiej potwierdzają generalną konieczność zapewnienia samorządom prawniczym niezależnego, a przez to efektywnego realizowania funkcji reprezentacji zrzeszonych prawników oraz powierzenia im pieczy nad należytych wykonywaniem zawodu¹⁶.

13 Szerzej zob. R. Chruściak, *Konstytucjonalizacja samorządów zawodów zaufania publicznego*, [w:] *Samorządy w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, s. 374 i n.

14 Zob. J. Ciapała, *Samorządy...*, s. 321 i n.

15 Por. A. Surówka, D. Padjas, *Samorządy zawodów prawniczych – zakres pieczy oraz obowiązki przynależności do samorządu w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji*, [w:] *Samorządy w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, s. 398.

16 Szczególnie istotne znaczenie mają w tym względzie takie dokumenty, jak: „Podstawowe zasady dotyczące roli prawników”, przyjęte przez VIII Kongres ONZ w sprawie zapobiegania przestępczości i postępowania ze sprawcami (Hawana, Kuba, 27 sierpnia – 7 września 1990 r.); rekomendacje Komitetu Rady Ministrów Rady Europy w sprawie swobody wykonywania zawodu prawnika z 2000 r.; „Lista Kontrolna Państwa Prawnego”, przyjęta 12 marca 2016 r. przez Europejską Komisję na Rzecz Demokracji przez Prawo (komisja wenecka); rezolucja Parlamentu Europejskiego z 23 marca 2006 r. w sprawie zawodów prawniczych i ogólnego interesu w funkcjonowaniu systemów prawnych.

III. Ustrojowe funkcje samorządu

W art. 17 ust. 1 Konstytucji ustrojodawca zdefiniował podstawowe funkcje samorządów zawodowych, w tym samorządu zawodowego radców prawnych. Należą do nich reprezentowanie radców prawnych oraz sprawowanie pieczy nad należytych wykonywaniem przez nich zawodu.

Reprezentowanie prawników wykonujących niezależny zawód należy do podstawowych funkcji samorządu zawodowego radców prawnych. Należy ją pojmować możliwie szeroko i odnosić do wszelkich działań samorządu radcowskiego i jego organów, które mają przede wszystkim na celu ustrojowe zagwarantowanie właściwego poziomu świadczenia pomocy prawnej przez niezależnych prawników. Reprezentacja może i powinna dotyczyć zarówno relacji z organami władzy publicznej, jak też relacji z obywatelami, organizacjami społecznymi oraz z organizacjami i instytucjami międzynarodowymi¹⁷.

Odnosząc się do drugiej funkcji samorządu, wymienionej *expressis verbis* w art. 17 ust. 1 Konstytucji, należy zacząć od stwierdzenia, że zasadniczym celem funkcjonowania samorządu jest nie tylko dbałość o niezależność poszczególnych prawników udzielających pomocy prawnej, ale także zagwarantowanie właściwego merytorycznie i etycznie poziomu świadczonej przez nich pomocy. W świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji nie budzi wątpliwości fakt, że to właśnie konieczność zapewnienia należytej pieczy nad wykonywaniem zawodu radców prawnych w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony stanowiła podstawową przesłankę powołania do życia samorządu radców prawnych. Analogicznie do pozostałych samorządów zawodów prawniczych działalność samorządu radcowskiego stanowi istotną gwarancję rzetelnego i prawidłowego wykonywania zawodu przez jego członków oraz zapewnia wymaganą jakość świadczonej pomocy prawnej¹⁸. Należy przy tym podkreślić, że sprawowanie pieczy nad wykonywaniem zawodu jest wartością konstytucyjną, stąd nie może podlegać ograniczeniom ze strony władzy politycznej. Tak jak kwintesencją działalności radcy prawnego – jako współpracownika wymiaru sprawiedliwości – jest niezależność, tak i samorząd zawodowy zrzeszający radców prawnych musi również cechować samodzielność i niezależność w wykonywaniu jego konstytucyjnych i ustawowych zadań. Niezależność samorządu stanowi kluczowy wyznacznik realizowania „pieczy” również dlatego, że nie sprowadza się ona wyłącznie do czuwania nad legalnością działań członków korporacji. Obejmuje także elementy „miękkie”, jak np. przestrzeganie przez radców prawnych zasad współżycia społecznego, norm etycznych i moralnych, a także dobrych obyczajów¹⁹. Ocena respektowania wskazanych wartości opiera się zatem na zasadach deontologii zawodu, a te kształtowane są bezpośrednio przez samorząd.

W ten sposób „piecza” nad należytych wykonywaniem zawodów zaufania publicznego postrzegana jest również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który

17 Por. M. Szydło, *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

18 Por. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 22 i n.

19 Zob. J. Ciapała, *Samorzady...*, s. 325.

zwraca uwagę na ściśle powiązanie niezależnego od władzy politycznej kształtowania przez samorzady wysokich standardów zawodowych z ochroną interesu publicznego²⁰. Odnosząc się do pojęcia „pieczy” sprawowanej „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”, Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że jej celem jest przestrzeganie właściwej jakości – w sensie merytorycznym i prawnym – czynności składających się na „wykonywanie zawodów”, co ma doprowadzić do należytego ich wykonywania. Wskazał też, że „»piecza« samorządów zawodów zaufania publicznego nad należyтым wykonywaniem tych zawodów ma charakter działalności o cechach władztwa publicznego, a sam fakt powierzenia jej samorządowi nie zmienia zasadniczo publicznej natury tej funkcji”²¹. Treść przepisu art. 17 ust. 1 Konstytucji zakreśla zarówno ramy sprawowanej przez samorzady pieczy, jak i jej ukierunkowanie. Ramy te determinuje „interes publiczny”, sprawowana piecza służyć ma zaś ochronie tego interesu. Każde działanie samorządu zawodowego w zakresie „sprawowania pieczy” podlega zatem konstytucyjnie ukierunkowanej ocenie dokonywanej z punktu widzenia interesu publicznego i nakierowania na jego ochronę. Konstytucyjne ujęcie wymogu działania „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” nie pozostawia wątpliwości co do priorytetowego traktowania interesu publicznego w ramach „pieczy” sprawowanej przez samorząd zawodowy²². Jak słusznie podkreśla Trybunał Konstytucyjny, ma on pierwszeństwo przed interesem partykularnym danego samorządu zawodowego²³.

Przekazanie samorządowi zawodowemu radców prawnych sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu w konsekwencji prowadzi do wniosku, że organy samorządu radców prawnych muszą mieć wpływ na kształtowanie zasad wykonywania zawodu w granicach innych wartości konstytucyjnych, co z kolei oznacza konieczność stworzenia prawnych mechanizmów, które realnie będą ów wpływ gwarantować. W świetle poglądów doktryny skonkretyzowane zadania i kompetencje samorządu zawodowego w tym zakresie obejmować powinny w szczególności decydowanie lub przynajmniej współdecydowanie o dopuszczeniu do wykonywania zawodu radcy prawnego, wpływ na kształcenie zawodowe radców i aplikantów radcowskich, ustalanie zasad etycznych związanych z wykonywaniem zawodu oraz realizowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej²⁴. Również i to stanowisko jest zbieżne z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. Wskazuje ono, że regulacje związane z naborem do zawodów zaufania publicznego powinny spełniać wymóg spójności i zachowania wpływu samorządowego na ten aspekt właściwego wykonywania zawodu. W przyjętym przez polskiego ustawodawcę modelu przygotowania i wykonywania reglamentowanych zawodów prawniczych pożądane jest objęcie całego przebiegu aplikacji pieczą organów samorządu, której celem

²⁰ Tak np. w wyroku z 22 maja 2001 r., K 37/00 oraz z 14 grudnia 2010 r., K 20/08.

²¹ Zob. wyrok z 18 lutego 2004 r., P 21/02. Por. także P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2002, nr 4–5, s. 27 oraz T. Niedziński, *Nadzór sądów i Ministra Sprawiedliwości nad postępowaniem dyscyplinarnym wobec radców prawnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr CXXIII, s. 293.

²² M. Szydło, *Komentarz do art. 17...*, Legalis.

²³ Zob. wyrok przywołany w odsyłaczu nr 21.

²⁴ Zob. W. Mojski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2018, nr 4, s. 25–36.

i skutkiem ma być należyte wykonywanie zawodu. Elementem tej pieczy jest odpowiednio znaczący wpływ zarówno na przebieg procesu szkolenia przyszłych prawników, jak i na wieńczące ów proces egzaminy finalne²⁵. W wyroku bezpośrednio odnoszącym się do kompetencji samorządu zawodowego radców prawnych Trybunał wprost stwierdził, że aplikacja radcowska stanowi podstawową formę przygotowania zawodowego do podjęcia i wykonywania zawodu radcy prawnego. W jej ramach aplikanci przechodzą nie tylko szkolenie teoretyczne, lecz także doskonałą umiejętności praktyczne. Podejmują w szczególności także czynności wchodzące w zakres zastępstwa procesowego przed sądami i innymi organami²⁶. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny potwierdził wcześniejszy pogląd, że wyłączenie wszelkiego wpływu samorządu radcowskiego na ustalanie zasad składania egzaminu zawodowego uniemożliwia temu samorządowi wywiązanie się w istotnym zakresie z powinności konstytucyjnej, ustanowionej w art. 17 ust. 1 Konstytucji.

W świetle przywołanych poglądów nie może zatem budzić wątpliwości potrzeba zagwarantowania samorządowi radcowskiemu wpływu nie tylko na przebieg aplikacji radcowskiej, ale także na zakres i merytoryczną zawartość egzaminów zawodowych, co w założeniu pozwolić ma na zabezpieczenie właściwego poziomu świadczonej pomocy prawnej przez poszczególne, dopuszczone do wykonywania tego zawodu osoby. Konkretnie kompetencje samorządu zawodowego radców prawnych w zakresie organizowania i prowadzenia aplikacji są zatem konieczne dla realizacji dyrektywy wyrażonej w art. 17 Konstytucji z uwagi na to, że proces ten bezpośrednio przygotowuje aplikantów radcowskich do wykonywania zawodu zaufania publicznego. Jeżeli więc samorząd ma sprawować pieczę nad należytym wykonywaniem zawodu radcy prawnego, to w logicznym związku z tym zadaniem pozostaje również sprawowanie przez samorząd pieczy nad właściwym przygotowaniem osób aplikujących do jego wykonywania w przyszłości.

W aspekcie odnoszącym się do organizowania i prowadzenia aplikacji realizacja postanowień art. 17 ust. 1 Konstytucji w zakresie sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu radcy prawnego znalazła wyraz w ustawie o radcach prawnych²⁷ (dalej: u.r.p.). Zasadnicze znaczenie dla realizacji konstytucyjnej dyrektywy z art. 17 ma rozstrzygnięcie zawarte w jej art. 38 ust. 1, zgodnie z którym aplikację radcowską organizują i prowadzą okręgowe izby radców prawnych. W tym zakresie samorząd zawodowy radców prawnych posiada daleko idącą samodzielność. W jego wyłącznej gestii pozostaje kształtowanie programu aplikacji, a także organizacja jej przebiegu²⁸.

IV. Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych jako wartość konstytucyjna

Z zadaniami samorządu zawodowego, określonymi w art. 17 ust. 1 Konstytucji, w szczególności zaś z obowiązkiem sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem

²⁵ Wyrok z 19 kwietnia 2006 r., K 6/06.

²⁶ Wyrok z 8 listopada 2006 r., K 30/06.

²⁷ Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.

²⁸ *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, 2018, Legalis.

zawodu, immanentnie wiąże się dopuszczalność egzekwowania przez samorząd odpowiedzialności dyscyplinarnej wobec jego członków. Sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu zaufania publicznego – w tym również zawodu radcy prawnego – ukierunkowane jest bowiem nie tylko na ochronę osób ów zawód wykonujących, ale również na eliminowanie i piętnowanie postaw członków korporacji, które to zaufanie podważają. Dbałość o interes publiczny, nawet kosztem interesu korporacyjnego, stanowi istotny element budowania zaufania społecznego do osób wykonujących wolne zawody prawnicze. Budowanie kultury zaufania i wzmacnianie aprobaty społecznej stanowi bowiem niezbędny czynnik skutecznej realizacji zadań wszystkich zawodów zaufania publicznego²⁹. W wymiarze indywidualnym kształtowanie zaufania dotyczy przede wszystkim relacji pomiędzy radcą prawnym i klientem³⁰. W wymiarze ogólnym obejmuje natomiast działania podejmowane przez samorząd zawodowy – zarówno w szeroko rozumianej przestrzeni publicznej, jak i w sferze wewnętrznego funkcjonowania, np. poprzez wyciąganie konsekwencji dyscyplinarnych wobec tych członków samorządu, którzy w swej działalności nie kierują się prawnymi i etycznymi wartościami leżącymi u podstaw powołania do życia samorządu zawodowego. Znaczenie zaufania w relacji radca prawni–klient ma wymiar nie tylko teoretyczno-prawny, ale przekłada się również na praktykę stosowania prawa, zwłaszcza w odniesieniu do orzecznictwa sądów dyscyplinarnych samorządu zawodowego radców prawnych, w którym w zakresie działalności radcy prawnego eksponuje się obowiązek budowania i podtrzymywania społecznego zaufania do zawodu³¹.

Jednocześnie należy podkreślić, że na publiczny wizerunek radcy prawnego istotnie wpływa również funkcja współpracownika wymiaru sprawiedliwości. Oznacza to, że skuteczność w prowadzeniu spraw klientów nie jest jedynym wyznacznikiem jakości wykonywania tego zawodu. Równie istotnym czynnikiem, kreującym postrzeganie członka samorządu zawodowego radców prawnych, jest jego działalność na rzecz dobra wspólnego, w rozumieniu art. 1 Konstytucji. To z kolei oznacza, że w celu kształtowania pozytywnych wzorców kultury prawnej radca prawni – jako osoba zaufania publicznego i „sługa wymiaru sprawiedliwości” – powinien jednoznacznie opowiadać się za wartościami konstytucyjnymi, które kreują wymiar sprawiedliwości dla dobra wszystkich obywateli, a nie czynią go jedynie instrumentem doraźnych celów i korzyści politycznych. Sprawiedliwość, jako zjawisko z istoty uniwersalne, nie może bowiem służyć celom partykularnym, tym samym nie może być narzędziem dyskryminacji – zarówno pozytywnej, jak i negatywnej – względem jakichkolwiek osób lub grup społecznych.

Z powyższych względów organy samorządu zawodowego muszą mieć zagwarantowany wpływ na kształtowanie zasad odpowiedzialności dyscyplinarnej radców prawnych i aplikantów radcowskich oraz na jej egzekwowanie w konkretnych przypadkach, co oznacza z kolei ustrojową konieczność stworzenia efektywnego systemu

²⁹ Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 2 lipca 2007 r., K 41/05.

³⁰ Por. D. Seroka, *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018, s. 159.

³¹ Tak np. Wyższy Sąd Dyscyplinarny w orzeczeniu z 14 marca 2016 r., WO-95/15.

samorządowego postępowania dyscyplinarnego. Z istoty zasady samorządności powinno mieć ono charakter wewnętrzny, opiera się bowiem na założeniu autonomii organizacyjnej samorządu zawodowego radców prawnych, bezpośrednio wywodzonej z przepisów u.r.p., a pośrednio z art. 17 ust. 1 Konstytucji. Sądownictwo dyscyplinarne immanentnie związane jest z również z problematyką etosu zawodu radcy prawnego, w szczególności zaś jego niezależności.

Obowiązek stworzenia szczególnego reżimu odpowiedzialności dyscyplinarnej, uwzględniającego niezbędny zakres autonomii samorządu, spoczywa na ustawodawcy³². Oznacza to, że z punktu widzenia wartości konstytucyjnych nie jest dopuszczalne zlikwidowanie autonomicznego samorządowego systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej, co nie oznacza jednak, że nie może on podlegać kontroli ze strony organów państwa. Państwo demokratyczne ma prawo ingerować w ukształtowaną prawnie sferę niezależności samorządu prawników świadczących pomoc prawną, jednak ingerencja ta musi mieć charakter proporcjonalny i nie może naruszać istoty niezależności samorządowej oraz niezależności poszczególnych prawników. W efekcie możliwa jest tylko wówczas, gdy służyć ma ochronie innych wartości ustrojowych państwa demokratycznego i prawnego, przede wszystkim zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu świadczonej na rzecz jednostek pomocy prawnej. Tak rozumiana ochrona nie wyklucza zatem sprawowania nadzoru nad samorządem zawodowym przez organy państwa, w tym Ministra Sprawiedliwości, ale nadzór ten dopuszczalny jest wyłącznie w granicach określonych przez ustawę. Jak trafnie wskazuje J. Ciapała, organ nadzoru nie może zatem podejmować czynności zmierzających do prawnego lub faktycznego przejęcia przez organ państwowy określonych zadań, lub kompetencji organów samorządu zawodowego³³.

V. Ingerencja władzy politycznej jako zagrożenie dla niezależności samorządu – kilka wniosków na zakończenie

Zgodnie z art. 5 ust. 3 u.r.p. Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór nad działalnością samorządu w zakresie i formach określonych ustawą. W istocie kompetencje nadzorcze ograniczają się wyłącznie do weryfikacji czynności organów samorządowych, nie mogą zaś modyfikować jego zadań i kompetencji, określonych ustawowo³⁴. Odnosząc się do aktualnej regulacji ustawowej, należy zwrócić uwagę na szczególnie rozbudowane kompetencje Ministra Sprawiedliwości dotyczące wyjątkowo wrażliwej sfery funkcjonowania samorządu radcowskiego, jaką jest postępowanie dyscyplinarne. W gestii ministra znajduje się bowiem m.in. możliwość polecenia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, co budzi wątpliwości w kontekście zasady niezależności i autonomii samorządu³⁵.

32 Por. W. Bujko, *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015, s. 491–492.

33 Zob. J. Ciapała, *Samorzady...*, s. 347.

34 Zob. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 1 grudnia 2009 r., K 4/08.

35 Zob. T. Niedziński, *Nadzór...*, s. 94.

Ponadto zarówno minister, jak i osoby przez niego upoważnione mają prawo do wglądu w tok postępowania na każdym etapie prowadzenia czynności, sądy dyscyplinarne zobowiązane są zaś do niezwłocznego przesyłania ministrowi każdego odpisu prawomocnego orzeczenia dyscyplinarnego. Niewątpliwie, w świetle dyspozycji art. 5 ust. 3 u.r.p., kompetencja Ministra Sprawiedliwości do inicjowania postępowania dyscyplinarnego względem radcy prawnego jawi się jako przekroczenie granic nadzoru, określonych tym przepisem. Polecenie wszczęcia dochodzenia – jako czynność mająca na celu stwierdzenie, czy zachodzą podstawy do wniesienia do sądu dyscyplinarnego wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego lub skierowania wniosku o ukaranie radcy prawnego do dziekana rady właściwej okręgowej izby radców prawnych bądź też umorzenie postępowania – zdecydowanie wykracza poza sferę weryfikacji samorządowego procesu decyzyjnego, stanowiącej *clou* kompetencji nadzorczych Ministra Sprawiedliwości. Nie może bowiem służyć weryfikacji procesu decyzyjnego czynność, która ów proces decyzyjny inicjuje.

Dokonując oceny kompetencji nadzorczych Ministra Sprawiedliwości wobec samorządu zawodowego radców prawnych, nie można również abstrahować od kwestii połączenia funkcji Ministra i Prokuratora Generalnego, zadekretowanej w ustawie z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze³⁶, a także wynikającej z tego praktyki funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości. Przywołana ustawa uczyniła z Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego organ wręcz omnipotentny, który nie tylko kieruje, kontroluje i koordynuje działania prokuratury, ale decyduje również o konkretnych czynnościach procesowych, podejmowanych w konkretnych sprawach, a nawet sam ma prawo te czynności podejmować. Ustawa przyznała Ministrowi Sprawiedliwości status *sui generis* „superprokuratora”. Jako naczelny organ prokuratury zyskał on jednocześnie uprawnienia procesowe właściwe dla prokuratora prowadzącego postępowanie na poziomie prokuratur rejonowych lub okręgowych³⁷. Formuła ta osłabiła relatywnie kruchą konstrukcję prokuratorskiej niezależności, czego dowodzą liczne przypadki „ręcznego”, politycznego sterowania prokuraturą, zarówno w obszarze dotyczącym personaliów, jak i przebiegu prowadzonych przez prokuraturę postępowań, zatem wykonywania przez ten organ jego podstawowej funkcji, jaką jest strzeżenie praworządności. Z punktu widzenia funkcjonowania niezależnego samorządu radców prawnych fuzja Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, a w szczególności sposób jej realizacji w praktyce, implikuje poważne zagrożenia. Minister Sprawiedliwości – jako organ nadzoru nad samorządem zawodowym adwokatów i radców prawnych, w tym inicjator postępowań dyscyplinarnych wobec przedstawicieli owych zawodów prawniczych – jest jednocześnie ich naturalnym przeciwnikiem procesowym w postępowaniach karnych. W oczywisty sposób godzi to w zasadę *fair trail*, będącą jednym z nieodzownych komponentów prawa do sądu, w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

³⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 66 ze zm.

³⁷ Szerzej na ten temat zob. S. Patyra, *Nowe czasy – stare błędy. Refleksje na temat skutków łączenia funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości na gruncie ustawy z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze*, [w:] *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Halinie Ziębie-Zaluckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, red. M. Grzesik-Kulesza, G. Pastuszko, Rzeszów 2017, s. 371.

W warunkach postępującego upolitycznienia prokuratury systemowy nadzór Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego nad samorządem zawodowym radców prawnych ogranicza niezależne funkcjonowanie samorządu zawodowego radców prawnych i sprawowanie przezeń pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu w imię ochrony interesu publicznego.

O skali zagrożeń dla funkcjonowania samorządu zawodowego radców prawnych, w standardzie wyznaczonym treścią art. 17 ust. 1 Konstytucji, wymownie świadczy również najnowsza inicjatywa grupy posłów na Sejm IX kadencji, zmierzająca do zakwestionowania zgodności z art. 17 ust. 1 Konstytucji art. 49 ust. 1 i 3 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych. Znalazła ona wyraz we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego 22 kwietnia 2022 r. (K 6/22). Sformułowany w nim zarzut niekonstytucyjności przywołanych przepisów ustawy w całości opiera się na ich rzekomej niezgodności treściowej (materialnej) ze wskazanym samodzielnie wzorcem kontroli konstytucyjności, tj. art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Artykuł 49 ust. 1 i 3 ustawy o radcach prawnych stanowi z kolei, że „radcowie prawni i aplikanci radcowscy zamieszkali na terenie danego okręgu tworzą okręgową izbę radców prawnych” oraz że „uchwałę o utworzeniu i terenie działania okręgowej izby radców prawnych podejmuje Krajowa Rada Radców Prawnych, biorąc pod uwagę zasadniczy podział terytorialny państwa”. Wnioskodawcy twierdzą, że

istotą obydwu zarzutów niniejszego wniosku jest stwierdzenie, że ustawodawca, określając kształt samorządów zawodowych adwokatów i radców prawnych, niezasadnie przyjął jedynie terytorialne kryterium tworzenia poszczególnych jednostek tych samorządów. Ponadto ustawodawca przyznał organom samorządów adwokackiego i radcowskiego kompetencje do określenia kształtu struktur terytorialnych tych samorządów, a jednocześnie oparł przynależność danego adwokata lub radcy prawnego do danej jednostki samorządu na jednym tylko kryterium odpowiednio siedziby zawodowej lub miejsca zamieszkania. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania przekraczają więc wyznaczony mu przez ustrojodawcę zakres swobody legislacyjnej co do możliwości ukształtowania ustroju samorządu zawodowego i wymóg ustawowego jego uregulowania.

Zarzut ten jest w całości bezzasadny. Ani z literalnego brzmienia art. 17 ust. 1 Konstytucji, ani z ustalonej przez dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego zawartości normatywnej tego przepisu nie wynika żadne ograniczenie ustawodawcy w zakresie kryteriów tworzenia jednostek samorządu zawodowego radców prawnych. Powołany przepis przyznaje ustawodawcy szeroki zakres swobody regulacyjnej zarówno co do samej decyzji o utworzeniu w drodze ustawy samorządu zawodowego reprezentującego osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, jak również co do określenia kształtu ustrojowego powołanego w drodze ustawy samorządu. Nie można twierdzić, że ustawodawca, powołując do życia samorząd, nie może przyjąć jedynie terytorialnego kryterium tworzenia jego jednostek. Takie twierdzenie jest wprost sprzeczne z jednym z podstawowych rozumowań prawniczych: *a maiori ad minus* („jeżeli wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej”). Jeżeli Konstytucja przyznaje ustawodawcy swobodę decydowania w ogóle o utworzeniu samorządu zawodowego, to tym bardziej przyznaje mu swobodę określania jego kształtu, w tym przyjęcia terytorialnego kryterium jako

jedynego kryterium tworzenia jego jednostek. Powyższe ustalenie znajduje oparcie również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał podkreślił „daleko idącą swobodę ustawodawcy, jeśli chodzi o podjęcie decyzji o utworzeniu samorządu zawodowego, co wynika z użycia w tym przepisie sformułowania *w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe*”³⁸. Jest to zatem suwerennym rozstrzygnięciem ustawodawcy, a Konstytucja nie formułuje prawa do samorządu zawodowego.

Ograniczone łamy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółową analizę argumentacji zawartej w przywołanym wniosku. Trudno jednakże oprzeć się wrażeniu, że inicjatywa posłów tzw. Zjednoczonej Prawicy, w tym członków partii, na której czele stoi aktualny Minister Sprawiedliwości, jedynie pozornie służyć ma ochronie konstytucyjnych wartości oraz wolności i praw w tym wniosku wskazanych. W rzeczywistości zaś zmierza do wywołania niezgodnego z Konstytucją skutku w postaci podważenia zasady niezależności funkcjonowania samorządu zawodowego radców prawnych, w kształcie nadanym jej w art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 listopada 2011 r., K 1/10.

Bibliografia

Literatura

- Bujko W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015.
- Chruściak R., *Konstytucjonalizacja samorządów zawodów zaufania publicznego*, [w:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.
- Ciapała J., *Samorzady osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.
- Cieślak Z. i in., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2002.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012.
- Maciąg Z., *Samorząd zawodowy radców prawnych a wolność wykonywania zawodu*, [w:] *Ustroje. Tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, red. P. Mikuli, J. Karp, G. Kuca, Warszawa 2015.
- Mojski W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2018, nr 4 (17).
- Niedziński T., *Nadzór sądów i Ministra Sprawiedliwości nad postępowaniem dyscyplinarnym wobec radców prawnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr CXXXIII.
- Patyra S., *Nowe czasy – stare błędy. Refleksje na temat skutków łączenia funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości na gruncie ustawy z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze*, [w:] *Idea wolności niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Halinie Ziębie-Załuckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, red. M. Grzesik-Kulesza, G. Pastuszko, Rzeszów 2017.
- Patyra S., *Radca prawny jako „osoba trzecia”? Refleksje na temat niezależności radcy prawnego w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości UE na kanwie połączonych spraw C-515/17 P i C-561/17 P Uniwersytet Wrocławski przeciwko Agencji Wykonawczej ds. Badań Naukowych (REA)* [w:] *Niezależność radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 15*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 17*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Sarnecki P., *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2002, nr 4–5.
- Seroka D., *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.
- Surówka A., Padjas D., *Samorzady zawodów prawniczych – zakres pieczy oraz obowiązek przynależności do samorządu w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji*, [w:] *Samorzady*

w *Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.

Szydło M., *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Tuleja P., *Komentarz do art. 17*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Ustawa o radcach prawnych. Komentarz, red. T. Scheffler, Legalis.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

Ustawa z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 66 ze zm.

Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1 grudnia 2009 r., K 4/08, OTK ZU 2009, nr 11A, poz. 162.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 grudnia 2010 r., K 20/08, OTK ZU 2010, nr 10A, poz. 129.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK ZU 2004, nr 2A, poz. 9.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 2010 r., K 1/09, OTK ZU 2010, nr 8A, poz. 76.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 kwietnia 2006 r., K 6/06, OTK ZU 2006, nr 4A, poz. 45.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 lipca 2007 r., K 41/05, OTK ZU 2007, nr 7A, poz. 72.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2001 r., K 37/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU 2004, nr 9A, poz. 89.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 listopada 2011 r., K 1/10, OTK ZU 2011, nr 9A, poz. 99.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 listopada 2006 r., K 30/06, OTK ZU 2006, nr 10A, poz. 149.

Orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z 14 marca 2016 r., WO-95/15.

Rafał Stankiewicz¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0002-3227-7771

MISJA SAMORZĄDU RADCÓW PRAWNYCH I JEGO CZŁONKÓW

ABSTRAKT

Niniejszy artykuł przedstawia problematykę misji samorządu zawodowego radców prawnych oraz misji radców prawnych zrzeszonych w samorządzie. Elementy definiujące w istocie rzeczy misję samorządu zawodowego, a także misję radców prawnych są wyznaczone przez cele postawione przed zawodem radcy prawnego, jakimi są udział w systemie wymiaru sprawiedliwości i wspieranie demokratycznego państwa prawnego. Artykuł 17 ust. 1 Konstytucji RP zawiera unormowanie wyrażające się w nałożeniu na samorzady zawodów zaufania publicznego obowiązku harmonijnego łączenia wielu funkcji. Co istotne, samorząd zawodowy ma nie tylko kształtować środowiskowe interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, lecz także zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym. Samorzady zawodowe stoją w pierwszej kolejności na gruncie priorytetu realizacji interesu publicznego.

Słowa kluczowe: radca prawny, samorząd zawodowy, misja samorządu, interes publiczny, zawód zaufania publicznego

¹ Profesor doktor habilitowany nauk prawnych, pracownik Katedry Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, radca prawny w OIRP w Warszawie; Wicedziekan Rady Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie, kierownik Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

1. Znaczenie samorządu zawodowego radców prawnych w sferze publicznej

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej², dając możliwość tworzenia samorządów grupujących osoby wykonujące zawody zaufania publicznego, wyznacza im określoną misję. To, wydawałoby się, górnolotne słowo znajduje swoją niezaprzeczalną wartość, zwłaszcza dzisiaj w dobie tak licznych naruszeń praworządności. Normatywną wartością takiego rozwiązania jest stworzenie podstawy do urzeczywistnienia organizacji państwa, opartej na decentralizacji wykonywania zadań publicznych, w tym poprzez przekazywanie tychże zadań do wykonywania na rzecz niektórych grup zawodowych. Samorzady te stanowią więc emanację będących fundamentem ustroju konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej zasad: pomocniczości, samorządności i proporcjonalności.

Samorzady zawodów zaufania publicznego reprezentujące zawody prawnicze dbają przede wszystkim o zapewnienie bezpieczeństwa prawnego obywateli, przedsiębiorców i innych jednostek. W tym zakresie realizują wszystkie przypisane im przez prawo kompetencje. To właśnie powinno przyświecać każdej aktywności, każdemu działaniu jej przedstawicieli i poszczególnych członków. Wykonując swoje zadania, samorzady zawodowe prowadzą swoją aktywność w celu realizacji i w granicach interesu publicznego. Wynika to bezpośrednio z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu radcy prawnego związane jest z teoretycznie wyróżnioną funkcją wpływu samorządu na świadczenie pomocy prawnej przez poszczególnych radców prawnych, którego granice konstytucyjne wyznacza jednocześnie „interes publiczny” i jego ochrona. Pojęcie interesu publicznego w ujęciu szerokim odpowiada przy tym w istocie treściowo pojęciu dobra wspólnego z art. 2 Konstytucji, a także – co ważne – wartościom konstytucyjnym wymienionym w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Umożliwienie samorządowi zawodowemu radców prawnych (i jego organom) „sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu” w konsekwencji prowadzi do wniosku, że organy samorządu radców prawnych muszą mieć wpływ na kształtowanie zasad wykonywania zawodu w granicach innych wartości konstytucyjnych, co z kolei oznacza konieczność stworzenia prawnych mechanizmów, które zabezpieczają ten wpływ samorządowy. W doktrynie do skonkretyzowanych zadań i kompetencji samorządu zawodowego zalicza się w tym kontekście w szczególności decydowanie lub przynajmniej współdecydowanie o dopuszczeniu do wykonywania zawodu radcy prawnego, wpływ na kształcenie zawodowe radców i aplikantów radcowskich, ustalanie zasad etycznych związanych z wykonywaniem zawodu oraz realizowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej³.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

³ Zob. M. Szydło, *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Bosek, M. Safjan, Legalis; W. Mojski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2018, nr 4 (17), s. 25–36.

Artykuł 17 ust. 1 Konstytucji zawiera unormowanie wyrażające się w nałożeniu na samorzady zawodów zaufania publicznego obowiązku harmonijnego łączenia wielu funkcji. Co istotne, samorząd zawodowy ma nie tylko – a może przede wszystkim nie tylko – kształtować środowiskowe interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, ile zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym. Samorzady zawodowe stoją w pierwszej kolejności na gruncie priorytetu realizacji interesu publicznego⁴.

Brak wątpliwości, że pojęcie interesu publicznego – jako zmienne w czasie z uwagi na dynamikę procesów społeczno-ekonomicznych czy politycznych – wymaga ciągłej redefinicji. Brak jednak wątpliwości, że w każdym przypadku realizacja zasady demokratycznego państwa prawnego oraz dobra wspólnego obywateli powinna przyświecać nam wszystkim (władzy publicznej i samorządom zawodowym) w urzeczywistnianiu tegoż interesu. Należy wyrazić przekonanie, że każdy z tychże podmiotów będzie podejmował zbieżne działania mające na celu jak najskuteczniejszą ochronę tego interesu. Wydaje się, że będzie to zależeć w dużej mierze od zagwarantowania samorządom skupiającym zawody zaufania publicznego możliwości niezależnego wykonywania przypisanych kompetencji, co powinno uwzględniać przyjęty w Konstytucji mechanizm decentralizacji wykonywania zadań publicznych. Dotyczy to w pierwszym rzędzie kompetencji do wykonywania sądownictwa dyscyplinarnego czy także szkolenia aplikantów.

Samorzady zawodów zaufania publicznego reprezentujące zawody prawnicze dbają przede wszystkim o realizację bezpieczeństwa prawnego obywateli, przedsiębiorców i innych jednostek. W tym zakresie realizują wszystkie przypisane im przez prawo kompetencje i to powinno przyświecać każdej aktywności, każdemu działaniu jej przedstawicieli i poszczególnych członków. Od władzy ustawodawczej powinniśmy wymagać stanowienia przepisów, które poszerzą dostęp do wymiaru sprawiedliwości, a nam, radcom prawnym, będą gwarantować niezależność w świadczeniu pomocy prawnej. Miejmy nadzieję, że przedstawiciele władzy ustawodawczej i wykonawczej będą dostrzegać w nas partnera w dążeniu do realizacji zadań publicznych, w tym zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego oraz realizacji praw i wolności obywatelskich. Brak więc wątpliwości, że immanentnym celem funkcjonowania w społeczeństwie radców prawnych jako profesjonalnych pełnomocników prawnych jest świadczenie pomocy prawnej w oparciu o przymiot niezależności. Niezależność we wszelkich czynnościach związanych ze sferą świadczenia pomocy prawnej jest fundamentalną wartością zawodu radcy prawnego. Gwarantuje ona ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka oraz obywatela, a także służy zapewnieniu należytego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Funkcjonowanie zawodów zaufania publicznego od wielu już lat stanowi nieodłączny element budowania państwa prawa. Istotną rolę dla wypełniania powyższego celu odgrywają zwłaszcza samorzady prawnicze, w tym samorząd radców prawnych. Udział samorządu zawodowego radców prawnych i jego członków w życiu publicznym posiada niezmiennie znaczący wpływ na wzrost świadomości prawnej obywateli, co ma istotne znaczenie w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego. Obserwowany

⁴ R. Stankiewicz, *W imię realizacji interesu publicznego. Radca prawny gwarantem bezpieczeństwa jednostki*, [w:] *Samorząd zawodowy gwarantem bezpieczeństwa jednostki*, Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Kancelaria Senatu, Warszawa 2017, s. 16.

ciągły wzrost zaufania do pomocy prawnej świadczonej przez radców prawnych oraz coraz liczniejsze ich grono na pewno przyczyni się do znaczącego umocnienia takich wartości, jak praworządność i sprawiedliwość, oraz do ochrony wolności i praw obywatelskich. Będzie również mieć znaczący wpływ na wzrost świadomości prawnej obywateli, co ma istotne znaczenie w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego.

W tym roku samorząd radców prawnych obchodzi 40-lecie swojej działalności. Ten długi okres jego funkcjonowania przypadł w dużej mierze na budowę demokratycznego państwa prawa. Radcowie prawni i ich samorząd przyczyniali się do rozwoju podstawowych zasad konstytucyjnych stanowiących fundament ustroju współczesnego państwa polskiego, a także ochrony wolności i praw obywatelskich. Wiele jednak w tym zakresie zmieniło się w ostatnich latach. Wartości leżące u podstaw konstytucyjnej zasady podziału władzy zostały w istotny sposób podważone. Od 2015 r. aktywnie uczestniczymy w walce o praworządność. Zajmujemy zdecydowane stanowisko wobec wszystkich niekonstytucyjnych projektów legislacyjnych dotyczących Krajowej Rady Sądownictwa i Sądu Najwyższego oraz ustroju sądownictwa powszechnego w Polsce. Kompetencje Krajowej Rady Radców Prawnych w tym zakresie wspomaga utworzony Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji. Mamy nadzieję, że w nadchodzącym czasie funkcjonowanie samorządu radców prawnych będzie jeszcze bardziej wpływać na rozwój wartości leżących u podstaw ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Co więcej, podejmujemy również inicjatywy polegające na wskazywaniu, w jakich obszarach prawa występują problemy związane z istnieniem regulacji negatywnie wpływających na dostęp do wymiaru sprawiedliwości. W tym zakresie będziemy proponować konkretne rozwiązania legislacyjne.

Należy podkreślić, że gwarantowane w art. 17 Konstytucji RP funkcjonowanie samorządów zaufania publicznego przekłada się w regulacji ustawowej m.in. na aktywny udział („współdziałanie”) samorządu radców prawnych w stanowieniu i stosowaniu prawa (art. 41 pkt 3 ustawy o radcach prawnych). Jak słusznie zauważa T. Scheffler, jest to „osobne” zadanie samorządu, „będące przypadkiem szczególnym” zadania opisanego w art. 41 pkt 1 ustawy o radcach prawnych (udział w zapewnianiu warunków do wykonywania ustawowych zadań radców prawnych)⁵. Współdziałanie w kształtowaniu prawa oznacza uprawnienie samorządu (i odpowiadający mu obowiązek organów publicznych) do uczestniczenia w procesach prawotwórczych dotyczących jakiegokolwiek aspektu wykonywania zawodu radcy prawnego (zatem nie tylko bezpośrednio odnoszących się do radców, ale również pośrednio wpływających na wykonywanie zawodu, np. poprzez zmianę procedur sądowych) oraz funkcjonowania samorządu⁶. Dotyczy to również – brak jakichkolwiek wątpliwości – konieczności zajmowania stanowiska co do kwestii związanych z ustrojem wymiaru sprawiedliwości. Autonomia władzy sądowniczej od władzy wykonawczej gwarantuje realizację demokratycznego państwa prawnego oraz ochronę praw obywatelskich.

Apelujemy o to, abyśmy mogli uczestniczyć w procesie legislacyjnym w taki sposób, aby nasz głos w trakcie prac parlamentarnych był wysłuchiwany. Zauważamy, że

5 T. Scheffler, *Komentarz do art. 41, [w:] Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2018, Legalis.

6 Tamże.

niezwykle szybkie tempo prac legislacyjnych, prowadzące do pomijania trybu konsultacji społecznych w procesie legislacyjnym, wpływa w ujemny sposób na jakość stanowienia prawa. Niezależnie od rządzącej opcji politycznej deklarujemy w związku z tym gotowość pełnej współpracy i uczestnictwa w pracach legislacyjnych. Wiedza, doświadczenie i profesjonalizm członków naszego samorządu mogą okazać się przydatne i niezbędne dla tworzenia prawa o dobrej jakości w Polsce.

2. Misja zawodu

Zawód radcy prawnego posiada silnie zakotwiczone w Konstytucji RP gwarancje niezależności. Nasz zawód, jak wiemy, należy do kategorii zawodów zaufania publicznego. Nasza aktywność zawodowa odgrywa szczególną rolę, głównie z racji zapewnienia ochrony gwarantowanych przepisami ustawy zasadniczej praw podmiotowych jednostki.

Pomimo że ustawodawca nie stworzył legalnej definicji terminu „zawód zaufania publicznego”, odpowiedzi na pytanie, kiedy mamy do czynienia z zawodem zaufania publicznego, należy szukać w dość bogatym dorobku doktryny i orzecznictwa⁷. Wskazuje się następujące cechy zawodów zaufania publicznego. Po pierwsze zwraca się szczególną uwagę na doniosłość spraw powierzonych aktywności zawodowej przedstawicieli danego zawodu zaliczanego do kategorii zawodów zaufania publicznego – z naszych usług korzysta się w razie nastąpienia realnego albo choćby potencjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr jednostki o szczególnym charakterze (np. życia, zdrowia, wolności, godności, dobrego imienia). Po drugie za cechę takich zawodów uważa się powierzanie w warunkach wysokiego zaufania informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z ich usług. Po trzecie w procesie wykorzystywania tychże w trakcie udzielania pomocy prawnej informacje te uznaje się za tajemnicę zawodową, która nie może być ujawniona. I w końcu po czwarte osoby dysponujące taką tajemnicą obejmuje się immunitetem zwalniającym je od odpowiedzialności karnej za nieujawnienie informacji.

My, radcowie prawni, ponosimy więc istotną odpowiedzialność (jakby to nie brzmiało górnolotnie) za stan demokratycznego państwa prawnego. Wielu z nas nie zapomina, jak istotną funkcję przyszło nam pełnić, szczególnie w tych trudnych czasach ciągłego podważania zasad praworządności. Wspieramy organy administracji publicznej w rozstrzyganiu spraw administracyjnych oraz sądy w rozsądzaniu sporów. Współuczestniczymy w procesie rozstrzygania o realizacji interesu publicznego oraz zabezpieczeniu praw podmiotowych obywateli, przedsiębiorców i innych jednostek organizacyjnych.

Przyznanie radcom prawnym prawa do zachowania tajemnicy zawodowej⁸, korzystanie ze szczególnego immunitetu w trakcie wykonywania czynności zawodowych, możliwość zrzeszania się w ramach samorządu zawodowego, poddanie wszelkich

⁷ M. Szydło, *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Bosek, M. Safjan, Legalis (oraz literatura tam wskazana).

⁸ Zob. *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.

przewinień związanych z nieprawidłowym wykonywaniem zawodu w ramach systemu zawodowej odpowiedzialności dyscyplinarnej daje gwarancje prawidłowego wykonywania przez nas czynności zawodowych. Tego typu gwarancje nie służą nam, lecz reprezentowanym przez nas podmiotom.

Dzięki cytowanym już powyżej zapisom zawartym w art. 17 Konstytucji RP radcowie prawni mają w Polsce silnie zakotwiczone gwarancje niezależności i samodzielności w wykonywaniu zawodu⁹. Istotną kwestią staje się więc zagwarantowanie przez „zwykłe ustawodawstwo” profesjonalnym pełnomocnikom koniecznych atrybutów niezależności pozwalających na świadczenie pomocy prawnej. Niezależność we wszelkich czynnościach związanych ze sferą świadczenia pomocy prawnej jest fundamentalną wartością zawodu radcy prawnego. Gwarantuje ona ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela, a także służy zapewnieniu należytego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego niezależność w wykonywaniu zawodu radcy prawnego jest gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich, demokratycznego państwa prawnego oraz prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Radca prawny przy wykonywaniu czynności zawodowych powinien być wolny od wszelkich wpływów wynikających z jego osobistych interesów, nacisków z zewnątrz oraz ingerencji z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Wyrażone przez kogokolwiek polecenia ograniczające niezależność, sugestie czy wskazówki nie mogą wpływać na prezentowane przez niego stanowisko w sprawie (art. 7 ust. 2 Kodeksu)¹⁰.

Niewątpliwie świadczenie przez radców prawnych pomocy prawnej wiąże się z przestrzeganiem praw i wolności obywatelskich (art. 30, art. 31 ust. 1 i 2, art. 32 ust. 1 i 2, 45 ust. 1 Konstytucji RP). Mamy nie tylko prawo, ale i – może przede wszystkim – obowiązek wspierać organy ochrony prawnej w realizacji tychże praw i wolności. Radcowie prawni uczestniczą w procesie rozstrzygania o realizacji interesu publicznego oraz zabezpieczeniu praw podmiotowych obywateli, przedsiębiorców i innych jednostek organizacyjnych. Istotą funkcjonowania tych samorządów staje się więc działanie na rzecz dobra wspólnego w zakresie, w jakim może ona wspierać, a przede wszystkim uzupełniać wykonywanie zadań przez organy władzy publicznej. Zauważyć można wiele przejawów aktywności samorządu radców prawnych oraz członków samorządu w realizacji praw i wolności obywatelskich, jak również zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego dla wszystkich potrzebujących. Radcowie prawni udzielają nieodpłatnej pomocy prawnej w ramach współpracy z urzędami gmin, angażują się w akcje *pro publico bono* inicjowane przez organy samorządowe, uczestniczą w systemie rozwijania edukacji prawnej.

Radcowie prawni jako grupa zawodowa są profesjonalnie przygotowani do ochrony praw podmiotowych obywateli, zarówno poprzez świadczenie pomocy prawnej na ich rzecz w czasie przygotowania do procesów sądowych, w ich trakcie, ale również w udziale we wszelkich obecnie dostępnych alternatywnych metodach rozwiązywania

⁹ Por. m.in. R. Stankiewicz, *Niezależność radcy prawnego jako funkcja ochrony interesu publicznego*, [w:] *Niezależność radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020, s. 93 i nast.

¹⁰ Zob. szerzej T. Jaroszyński, *Komentarz do art. 7 Kodeksu Etyki*, [w:] T. Jaroszyński, A. Sękowska, P. Skuczynski, *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 53 i nast.

sporów. W naszym przekonaniu poszerzenie dostępności instytucji mediacji w wielu sprawach cywilnych może w znacznym stopniu odciążyć klasyczny wymiar sprawiedliwości od rozpatrywania spraw, które w rzeczywistości mogłyby znaleźć rozwiązanie poza nim, przy udziale profesjonalnych pełnomocników prawnych. Za uzasadnione należałoby uznać wprowadzenie obligatoryjnej mediacji w sprawach rodzinnych i opiekuńczych, niektórych sporach gospodarczych, sporach indywidualnych z zakresu prawa pracy, sporach o naruszenie dóbr osobistych czy też sporach konsumenckich.

3. Poszerzenie kompetencji członków samorządu zawodowego oraz katalogu form prowadzenia działalności zawodowej

Brak wątpliwości, że skuteczne świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych wymaga istnienia stabilnych regulacji prawnych kształtujących ustrój wykonywania tegoż zawodu. Z konsekwencją będziemy popierać takie zmiany regulacji ustawy o radcach prawnych, które poszerzą kompetencje członków naszego samorządu zawodowego. W tym zakresie sugerujemy podjęcie prac nad takimi zmianami legislacyjnymi, które poszerzą kompetencje radców prawnych m.in. o sporządzanie poświadczeń. Kwestią do rozważenia pozostaje uzupełnienie dopuszczalnych form organizacyjnych wykonywania zawodu o spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, zastrzeżenie nazwy „kancelaria prawna” dla formy prowadzenia czynności przez radców prawnych i adwokatów oraz wprowadzenie ustawowej waloryzacji stawek minimalnych za czynności radców prawnych (a co za tym idzie – opłat stanowiących podstawę do zasądzania przez sądy kosztów zastępstwa procesowego), a także opłat za pomoc prawną udzielaną przez radców prawnych z urzędu. W tym ostatnim zakresie jesteśmy gotowi przedstawić szczegółowe propozycje odpowiadające rzeczywistości obrotu gospodarczego.

Za szczególnie istotne uważamy podjęcie dyskusji o poszerzeniu instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego w postępowaniach sądowych. Zwiększanie roli tej instytucji jest zauważalne w porządkach prawnych wielu państw Unii Europejskiej. Staje się on bowiem koniecznością również ze względu na dynamicznie zmieniający się stan prawny, ewolucję stosunków społeczno-gospodarczych oraz intensyfikację transakcji transgranicznych i obrotu prawnego. Rozszerzenie instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego jest zgodne zarówno z interesem stron postępowania, jak i interesem wymiaru sprawiedliwości. Stronom zapewni bowiem otrzymanie pomocy prawnej na odpowiednim poziomie, zaś dla wymiaru sprawiedliwości skutkować będzie wzrostem efektywności i sprawności postępowania poprzez szybsze rozstrzygnięcie wszczętych spraw. Rozszerzanie tejże instytucji jest szczególnie istotne wówczas, gdy ustawodawca preferuje wprowadzanie instrumentów oznaczających odejście od modelu procesu opartego na zasadzie prawdy obiektywnej w kierunku wzmocnienia elementów kontrydiktoryjnych. Wzmocniona zasada kontrydiktoryjności powoduje konieczność aktywnego uczestniczenia przez strony w postępowaniu i podejmowania czynności przed sądem w sposób profesjonalny. Może to bowiem oznaczać słabszą pozycję strony występującej w sprawie bez profesjonalnego pełnomocnika, szczególnie w kontekście rozwiązań Kodeksu

postępowania cywilnego w zakresie koncentracji materiału dowodowego¹¹. Jednolite stanowisko naszego środowiska w tej kwestii powinno nakłonić ustawodawcę do podjęcia rozmów o przyszłym poszerzeniu instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego w postępowaniach przed sądem powszechnym.

4. Co dalej z tajemnicą zawodową?

Zagrożenie dla praworządności w Polsce postawiło przed nami nowe zadania. Stajemy przed wyjątkową sytuacją, z jaką dotychczas nie musieliśmy się mierzyć. Jesteśmy elementem szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości¹². W nasz zawód, zawód zaufania publicznego, jest wpisana istotna odpowiedzialność. Nasze powinności i obowiązki ochrony praw podmiotowych wszystkich potrzebujących są tym większe, im większe zagrożenia stoją przed niezależnością sądów i niezawisłością sędziowską. Szczególnie istotnym przymiotem umożliwiającym wykonywanie zawodu jest tajemnica zawodowa. Powinniśmy apelować, aby działania władz publicznych gwarantowały nam możliwość zachowania pozyskiwanych z naszymi klientami tajemnic zawodowych. To niezwykle istotny czynnik zapewniający prawidłowość świadczenia pomocy prawnej. Naruszenie ponad rzeczywistą potrzebę tajemnicy zawodowej pozostaje w sprzeczności z istotą i charakterem relacji wynikających z pełnomocnictwa procesowego (zaufanie do pełnomocnika, któremu powierza się swoje sprawy). W ostatnich latach pojawiło się szereg regulacji prawnych, które *de facto* ingerują w nadmierny sposób w istotę tajemnicy zawodowej.

Obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, umieszczonego w art. 3 ustawy o radcach prawnych, nie można oddzielać od celu, dla którego istnieje zawód radcy prawnego. Cel ten z kolei określony został w art. 2 ustawy o radcach prawnych. Zapisano tam bowiem, że pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana¹³. Należy jednak pamiętać, że nadrzędność interesu beneficjenta udzielanej ochrony, wynikająca z celu pomocy prawnej, nie oznacza i nie może być rozumiana jako przyzwolenie na realizację tego interesu z naruszeniem obowiązującego porządku prawnego i etycznego¹⁴. Wykonywanie zawodu radcy prawnego polegające na świadczeniu pomocy prawnej i mające na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywane, bezpośrednio wiąże się z ochroną interesu publicznego. Radcowie prawni są nie tylko wszechstronnie i profesjonalnie przygotowani do świadczenia pomocy prawnej, lecz jednocześnie mają

11 R. Stankiewicz, *Rozszerzenie przymusu adwokacko-radcowskiego przyspieszy postępowanie cywilne*, „Rzeczpospolita” z 23 czerwca 2018 r., nr 144.

12 Por. podobnie T. Scheffler, *Komentarz do Preambuły*, [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2016, Legalis.

13 Zob. Z. Klatka, *Komentarz do art. 2 ustawy o radcach prawnych*, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa. 1999, s. 9.

14 Zob. B. Sołtys, *Komentarz do art. 2 ustawy o radcach prawnych*, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Legalis.

obowiązek przestrzegać zasad deontologii zawodowej zapisanych w Kodeksie Etyki Radcy Prawnego. Naruszenie zasad etycznych traktowane jest jako przewinienie dyscyplinarne równorzędne z niezgodnym z prawem wykonywaniem czynności zawodowych. Regulacje ustawowe i regulacje wewnętrzne (samorządowe) odnoszące się do wykonywania zawodu w tak szerokim wymiarze gwarantują możliwie najlepsze i najwyższej jakości wykonywanie czynności zawodowych przez radców prawnych.

Tajemnica zawodowa to niezwykle istotny czynnik zapewniający prawidłowość świadczenia pomocy prawnej i pozwalający na zbudowanie szczególnej więzi z klientem. Służy ona nie tylko osobom korzystającym z pomocy przedstawicieli zawodów prawniczych; stanowi element prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i całego systemu ochrony prawnej w demokratycznym państwie. Tajemnica zawodowa jest obowiązkiem radcy prawnego, a jej przestrzeganie pozwala na zbudowanie relacji opartej na zaufaniu. Pamiętać należy bowiem, że klienci radców prawnych szukający pomocy prawnej i ochrony swoich interesów powierzają im istotne informacje z niemal każdej sfery swojego życia osobistego czy zawodowego i mają prawo oczekiwać, by były one należycie chronione przed dostępem osób trzecich. Regulacje dotyczące obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej znajdują się zarówno w ustawach regulujących wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata, jak również w kodeksach etycznych uchwalonych przez oba samorzady. Tajemnicą zawodową objęte jest wszystko, o czym radca prawny dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Pamiętać należy, że na samorządzie zawodowym radców prawnych spoczywa obowiązek czuwania nad przestrzeganiem przez radców prawnych tajemnicy zawodowej, a realizacja tego obowiązku stanowi element sprawowania pieczy nad należytych wykonywaniem zawodu radcy prawnego. Obowiązek stałego monitorowania przestrzegania tajemnicy radcowskiej i jej potencjalnych naruszeń zawarty został w Wytycznych Krajowego Zjazdu Radców Prawnych w 2016 r.

Bibliografia

Literatura

- Jaroszyński T., *Komentarz do art. 7 Kodeksu Etyki*, [w:] T. Jaroszyński, A. Sękowska, P. Skuczyński, *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Klatka Z., *Komentarz do art. 2 ustawy o radcach prawnych*, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999.
- Mojski W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, „Radca prawny. Zeszyty naukowe” 2018, Nr 4(17).
- Scheffler T., *Komentarz do art. 41*, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2018, Legalis.
- Sołtys B., *Komentarz do art. 2 ustawy o radcach prawnych*, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Legalis.
- Stankiewicz R., *Rozszerzenie przymusu adwokacko-radcowskiego przyspieszy postępowanie cywilne*, „Rzeczpospolita” z 23 czerwca 2018 r., nr 144.
- Stankiewicz R., *Niezależność radcy prawnego jako funkcja ochrony interesu publicznego*, [w:] *Niezależność radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020.
- Stankiewicz R., *W imię realizacji interesu publicznego. Radca prawny gwarantem bezpieczeństwa jednostki*, [w:] *Samorząd zawodowy gwarantem bezpieczeństwa jednostki*, Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Kancelaria Senatu, Warszawa 2017.
- Szydło M., *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Bosek, M. Safjan, Legalis.
- Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

Mariusz Wieczorek¹

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. K. Pułaskiego w Radomiu
ORCID ID: 0000-0003-4727-085

ROLA RADCÓW PRAWNYCH W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWNYM

ABSTRAKT

Radcowie prawni, zarówno w wymiarze jednostkowym, jak i grupowym, to jest jako samorząd zawodowy, wykonując swoje obowiązki i powinności wynikające z przepisów prawa i norm deontologicznych określających ich status zawodowy, mają do odegrania rolę o charakterze ustrojowym. Rola ta polega na przyczynianiu się do umacniania oraz rozwijania demokratycznego charakteru Rzeczypospolitej Polskiej. Szczególnie doniosłym narzędziem służącym realizacji tego zadania samorządu radców prawnych jest przedstawianie opinii o projektach aktów prawnych. Jest to narzędzie ustrojowe, które ze względu na istotę zawodu radcy prawnego pozwala ich samorządowi na przedstawianie na etapie prac legislacyjnych ewentualnych zagrożeń wynikających z projektowanych aktów normatywnych dla gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich.

O ustrojowej roli radców prawnych w demokratycznym państwie prawnym można mówić również w wymiarze indywidualnym, który uwidacznia się przede wszystkim w toku świadczenia pomocy prawnej (przy wykonywaniu zawodu). Klauzula państwa prawnego nie może być wszak pozbawiona swojego fundamentalnego komponentu, za jaki uznaje się prawa i wolności jednostki. W tak rozumianym pojęciu państwa prawnego można i należy sytuować radców prawnych, którzy, świadcząc pomoc prawną, współuczestniczą w realizacji zasady państwa prawnego.

¹ Doktor habilitowany, kierownik Katedry Prawa Prywatnego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. K. Pułaskiego w Radomiu, radca prawny.

Ustrojowa rola, jaką mają do odegrania radcowie prawni w wymiarze indywidualnym i *in gremio*, czyli jako samorząd, nabiera szczególnego znaczenia w czasie kryzysu państwa prawnego. Samorząd radców prawnych, podobnie jak samorzady innych zawodów prawniczych, jest szczególnie predestynowany do tego, aby zabierać głos w debacie publicznej na temat zmian w wymiarze sprawiedliwości, które mogą godzić w porządek konstytucyjny.

Słowa kluczowe: radca prawny, demokratyczne państwo prawa, samorząd zawodowy radców prawnych

Państwo prawa nie umiera nigdy samo z siebie. Akuszerami jego śmierci są zawsze prawnicy.

SSN prof. Włodzimierz Wróbel

Wprowadzenie

Prawnicze rozważania o roli, jaką mają do odegrania radcowie prawni w demokratycznym państwie prawnym, mogą być prowadzone tylko przy spełnieniu dwóch oczywistych, brzegowych warunków. Za takie należy uznać unormowanie przepisami obowiązującego prawa zawodu radcy prawnego w państwie, w którym równocześnie zasada państwa prawnego jest zasadą ustrojową. Należy zatem podkreślić, że samo istnienie regulacji prawnych odnoszących się do wykonywania określonego zawodu nie stanowi wystarczającej przesłanki do zastanawiania się, czy osoby wykonujące taką profesję mają do wykonania zadania, które uzasadniałyby łączenie ich z zasadą demokratycznego państwa prawa. Kluczowe znaczenie w tym zakresie ma zatem treść przepisów statuujących określony zawód, które muszą pozostawać w funkcjonalnym, służebnym związku z zasadą demokratycznego państwa prawnego².

Przed dalszymi wywodami warto zaznaczyć, że skoro zasada demokratycznego państwa prawa jest zasadą ustrojową – i równocześnie przyjmujemy, że osoby wykonujące określony zawód mają do odegrania rolę pośrednio lub bezpośrednio determinowaną konstytucyjnie – to uzasadnione staje się stwierdzenie, że osoby te pełnią, w większym lub mniejszym stopniu, funkcję ustrojową. Tym samym uznaję, że radcowie prawni, zarówno w wymiarze jednostkowym, jak i grupowym, to jest jako samorząd zawodowy, wykonując swoje obowiązki i powinności wynikające z przepisów prawa i norm deontologicznych określających ich status zawodowy, mają do odegrania rolę o charakterze ustrojowym.

Przed przejściem do szczegółowych uwag poświęconych tytułowemu zagadnieniu należy zacząć od przywołania art. 2 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.³, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym

² Nie ulega wątpliwości, że wiele zawodów regulowanych, czyli takich, do których dostęp i sposób wykonywania określają przepisy powszechnie obowiązujące, jest ustrojowo czy też konstytucyjnie indyferentne.

³ Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.

zasady sprawiedliwości społecznej. Warto przy tym zauważyć, że zasada demokratycznego państwa prawnego została wprowadzona do polskiego porządku konstytucyjnego tzw. nowelą grudniową⁴ w początkowym etapie zmian przekształceń ustrojowych w Polsce po upadku komunizmu. Stanowiło to potwierdzenie przyjęcia przez polskiego ustrojodawcę „europejskiego standardu państwa – demokratycznego i prawnego”, a zarazem (akcentując demokratyzm i prawność tudzież prawość jako dwa przymioty państwa) otworzyło drogę do debaty nad przyjętym modelem państwa⁵. Zapisy obecnie obowiązującej w Polsce Konstytucji potwierdzają zatem, że w fundamentalnych kwestiach ustrojowych zasada demokratycznego państwa prawnego jest traktowana jako naturalny element konstrukcji ustroju.

Nie podejmując, z racji ram artykułu, zagadnienia sposobu rozumienia państwa prawnego, zaznaczyć jednak należy, że dla normatywnego kształtu klauzuli państwa prawnego przyjmuję, że najważniejsza jest idea ograniczenia arbitralnej władzy państwa nad osobą oraz określenie relacji osoba–państwo⁶. W skład klauzuli państwa prawnego wchodzi jednak nie tylko wolności i prawa człowieka, lecz także zasady określające sposób działania organów władzy publicznej⁷. Te dwa wymiary klauzuli państwa prawnego determinują dalszy tok wyводу.

Ustrojowa rola radców prawnych

Zawód radcy prawnego jest jednym z zawodów zaufania publicznego określonych w przepisie art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że cechą⁸ zawodu zaufania publicznego jest to, iż wykonuje się go nie dla zysku,

4 Ustawa z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. z 1989 r. nr 75, poz. 444.

5 I. Lipowicz, *Pojęcie państwa w projektach Konstytucji RP*, „Civitas. Studia z Filozofii i Polityki” 1997, nr 1, s. 149. Warto zauważyć, że polskie tradycje ustrojowe nawiązują do idei rządów prawa z okresu I Rzeczypospolitej, zob. np. J. Malec, *O rządach prawa w dawnej Polsce*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Tom 1. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, red. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014, s. 91 i nast. Szczególne znaczenie w kontekście poszanowania prawa wprowadzały artykuły henrykowski z 1573 r., a zasada praworządności była jedną z zasad ustrojowych w Konstytucji 3 maja z 1791 r. Zob. też. A. Dziadzio, *Polski model „rządów prawa” a europejska wizja „państwa prawa” z XIX w.* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. 1, Warszawa 2012, s. 137 i nast. W literaturze podkreśla się przy tym, że dla współczesnego polskiego ustrojodawcy szczególne znaczenie miała niemiecka koncepcja państwa prawnego, w ujęciu K. Sterna. Por. E. Morawski, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003.

6 P. Tuleja, *Komentarz do art. 2*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 222.

7 *Ibidem*.

8 W podejmowanych w literaturze przedmiotu próbach zrekonstruowania cech zawodu publicznego w oparciu o istniejące korporacje prawa publicznego wskazuje się, że do takich cech należy zaliczyć: 1) świadczenie usług w sytuacji zagrożenia dóbr traktowanych jako dobra ogólnospołeczne, 2) realizowanie istotnych wartości i potrzeb społecznych, 3) przyjmowanie informacji dotyczących życia osobistego, a nawet intymnego, 4) obowiązek zachowania tajemnicy, 5) legitymowanie się zasadami etycznymi,

ale w celu zaspokojenia interesu publicznego⁹. Wydaje się jednak, że trafniejszy jest pogląd, według którego wyróżnikiem zawodów zaufania publicznego jest między innymi ich quasi-misyjność¹⁰, a więc nie tyle przekreślenie celu zarobkowego, ile zdystansowanie się wobec kryterium zysku, wynikające z faktu, że zawody te wykonywane są w celu zaspokajania interesu publicznego¹¹. O ustrojowej roli samorządów zawodowych, o których stanowi art. 17 ust. 1 Konstytucji, przesądza już sama systematyka ustawy zasadniczej. Umieszczenie art. 17 w rozdziale pierwszym Konstytucji RP zatytułowanym „Rzeczpospolita” stanowi istotną wskazówkę interpretacyjną. Przydatność argumentu interpretacyjnego *a rubrica* podkreślały wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy czy Naczelny Sąd Administracyjny. Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na znaczenie Konstytucji w systemie prawa względny wykładni systemowej nabierają szczególnego znaczenia w toku wykładni jej postanowień. Tym samym należy uznać, że samorządy zawodowe, w tym samorząd radców prawnych, są jednym z instytucjonalnych elementów ustroju Rzeczypospolitej Polskiej.

Słusznie zauważono w doktrynie, że funkcjonowanie zawodów zaufania publicznego przyczynia się do umocnienia oraz rozwijania demokratycznego charakteru Rzeczypospolitej Polskiej¹². W tym kontekście zawody zaufania publicznego działają na rzecz dobra ogółu obywateli Rzeczypospolitej Polskiej i przyczyniają się również do przestrzegania przez organy władz Rzeczypospolitej Polskiej zasady legalizmu określonej w przepisie art. 7 Konstytucji RP¹³. Oczywistymi kryteriami trafności przytoczonego poglądu jest spełnienie dwóch warunków przejawiających się w praktyce ustrojowej. Pierwszym z nich jest odpowiednie, to jest zgodne z określonym w prawie modelem, wypełnianie zadań nałożonych przez obowiązujące prawo na samorządy zawodowe. W przypadku samorządów zawodowych często pojawia się bowiem ryzyko przedkładania interesu korporacyjnego nad interes publiczny. O nienależycie wypełnianej przez samorząd zawodowy funkcji będzie można mówić, jeśli działania samorządu zawodowego będą koncentrowały się na ochronie partykularnych interesów tworzących go osób, przy marginalizacji bądź całkowitym pominięciu ochrony interesu publicznego.

Inną stroną tego zagadnienia jest sposób traktowania samorządów zawodowych przez władze publiczne, czyli praktyka ustrojowa organów państwa wobec samorządów zawodowych. Efektywne wykonywanie zadań przez samorządy zawodowe nie będzie

zob. E. Tkaczyk, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 67.

9 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 117.

10 Warto zauważyć, że radcowie prawni i adwokaci nader często działają w charakterze pełnomocników procesowych *pro publico bono*.

11 W. J. Wołpiuk, *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.* [oprac. S. Legat, M. Lipińska]; Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2002, s. 22.

12 A. Trubalski, *Samorządy zawodów zaufania publicznego na przykładzie samorządu radców prawnych. Perspektywa konstytucyjnoprawna*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 21, s. 225.

13 *Ibidem*.

możliwe bez dobrej woli właściwych organów władzy publicznej, przejawiającej się w apriorycznym traktowaniu samorządów jako instytucji współuczestniczących, nawet jeśli ich uprawnienia mają charakter „miękki”, w różnych mechanizmach funkcjonowania współczesnego państwa¹⁴.

Radcowie prawni zorganizowani są na zasadach samorządu zawodowego (art. 5 ustawy o radcach prawnych¹⁵), który jest samorządem zawodowym w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Do konstytucyjnych funkcji samorządu zawodowego radców prawnych należy zatem reprezentowanie ich oraz piecza nad należytym wykonywaniem zawodu. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że tworząc samorząd zawodowy, państwo powierza pewnej grupie zawodowej realizację określonych zadań publicznych i wyposaża ją w tym celu w odpowiednie kompetencje władcze. Specyfika powierzonych zadań publicznych sprawia, że Trybunał Konstytucyjny postrzega samorząd zawodowy jako środek urzeczywistniający zasadę demokratycznego państwa prawnego¹⁶.

Wychodząc od tej oceny TK, warto zastanowić się, które z działań samorządu zawodowego radców prawnych, podejmowanych w wykonaniu nałożonych na niego zadań, w sposób szczególnie należy wiązać z ustrojową rolą samorządu zawodowego. Nie sposób bowiem przyjąć, że każde działanie samorządu radców prawnych związane z wykonywaniem jego ustawowych zadań wiąże się z wypełnianiem funkcji ustrojowej. W moim przekonaniu za szczególnie ważne¹⁷ należy uznać zadania określone w art. 60 pkt 2 u.r.p., czyli udzielanie opinii o projektach aktów prawnych oraz przedstawianie wniosków dotyczących unormowań prawnych. Jest to narzędzie ustrojowe, które ze względu na istotę zawodu radcy prawnego pozwala ich samorządowi na przedstawianie na etapie prac legislacyjnych ewentualnych zagrożeń wynikających z projektowanych aktów normatywnych dla gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich. Zagrożenia te mogą przejawiać się zarówno w przepisach proceduralnych, godząc np. w prawo do obrony w procesie, jak i w przepisach ustrojowych, regulujących system wymiaru sprawiedliwości¹⁸. Opinie te (ekspertyzy) należy postrzegać jako jedno z narzędzi, za pomocą którego radcowie prawni, zrzeszeni w samorządzie zawodowym, mogą i powinni oddziaływać na kształt stanowionego prawa. W treści wielu opinii przedkładanych przez KRRP w toku prac legislacyjnych wskazywane są zastrzeżenia natury konstytucyjnej wobec projektów aktów prawnych. Przykładowo można wskazać opinie sporządzane w związku z reformą wymiaru sprawiedliwości, ale również tych projektów aktów

¹⁴ W szczególności chodzi o sposób traktowania opinii przedkładanych przez właściwe samorzady w procesie stanowienia prawa.

¹⁵ Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166., dalej jako u.r.p.

¹⁶ Wyrok TK z 7 marca 2012 r., K 3/10, OTK-A 2012/3/25.

¹⁷ Z uwagi na ograniczenia wynikające z ram artykułu poza zakresem rozważań pozostaną kwestie związane z pieczą nad wykonywaniem zawodu.

¹⁸ Jednostką organizacyjną, która została utworzona w celu realizacji tego (m.in.) zadania, jest Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji, działający w oparciu o § 57 Regulaminu działalności samorządu radców prawnych i jego organów, zob. uchwała nr 562/X/2019 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z 10 października 2019 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Regulaminu działalności samorządu radców prawnych i jego organów. Zadaniem przedkładania Krajowej Radzie propozycji opinii do projektów aktów prawnych, opiniowanych przez Krajową Radę na podstawie art. 60 pkt 2 u.r.p., został obciążony Kierownik Ośrodka.

prawnych, które, nowelizując przepisy procesowe, godziły w prawo jednostki do rzetelnego procesu sądowego¹⁹.

O ustrojowej roli radców prawnych w demokratycznym państwie prawnym można mówić również w wymiarze indywidualnym, który uwidacznia się przede wszystkim w toku świadczenia pomocy prawnej (przy wykonywaniu zawodu). Klauzula państwa prawnego nie może być wszak pozbawiona swojego fundamentalnego komponentu, za jaki uznaje się prawa i wolności jednostki. W tak rozumianym pojęciu państwa prawnego można i należy sytuować radców prawnych, którzy, świadcząc pomoc prawną, współuczestniczą w realizacji zasady państwa prawnego. Radcowie prawni, oprócz państwowych organów ochrony prawnej, stoją na straży przestrzegania wolności i praw obywatelskich. Jako grupa zawodowa są oni profesjonalnie przygotowani do ochrony praw podmiotowych obywateli, świadcząc im pomoc prawną w trakcie przygotowania do procesów sądowych i we wszelkich dostępnych alternatywnych metodach rozwiązywania sporów²⁰. Przy akceptacji poglądu, zgodnie z którym elementem państwa prawnego jest idea ograniczenia arbitralnej władzy państwa nad osobą oraz określenie relacji osoba–państwo, to rola radcy prawnego jako „strażnika” wolności i praw obywatelskich będzie szczególnie widoczna w tych sprawach, w których stroną sporu będzie państwo.

Możliwość wykonywania przez radcę prawnego zawodu w ramach stosunku pracy lub w stosunku służbowym uzasadnia wskazanie szczególnej roli, jaką mają do odegrania radcowie prawni zatrudnieni w administracji publicznej. Jedną z form świadczonej pomocy prawnej w ujęciu art. 6 ust. 1 u.r.p. jest sporządzanie opinii prawnych. Doradcze opinie prawne *sensu largo*, wśród których wyróżnia się opinie ogólne (abstrakcyjne) oraz opinie prawne problemowe (konkretne)²¹, wpływają, a przynajmniej powinny wpływać²², na sposób działania podmiotu, na którego rzecz jest ona sporządzana. Bez wchodzenia w szczegółowe kwestie związane ze statusem prawnym pracodawców w administracji publicznej, dokonując równocześnie pewnego uogólnienia, należy stwierdzić, że znacząca część tych opinii jest opracowywana na potrzeby organów administracji publicznej. W przypadku opinii doradczych *sensu largo* radcowie prawni, dokonując wykładni obowiązujących przepisów, w znaczący sposób wpływają na praktykę stosowania prawa przez organy administracji publicznej, a tym samym w istotnym stopniu wpływają na realizację wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP zasady legalizmu, będącej elementem zasady państwa prawnego.

Ustrojowa rola, jaką mają do odegrania radcowie prawni w wymiarze indywidualnym i *in gremio*, czyli jako samorząd, nabiera szczególnego znaczenia w czasie kryzysu państwa prawnego²³. Samorząd radców prawnych, podobnie jak i samorzady innych

¹⁹ Zob. opinie na stronie internetowej: <https://obsil.kirp.pl/opinie-i-stanowiska/>, dostęp: 9.04.2022 r.

²⁰ R. Stankiewicz, *O istocie zawodu radcy prawnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 3996 – „Przeгляд Prawa i Administracji CXXIII”, Wrocław 2020, s. 264.

²¹ M. Król, L. Leszczyński, [w:] *Opinie prawne w praktyce*, red. M. Król, Warszawa 2020, s. 23.

²² Opinie prawne nie mają oczywiście charakteru wiążącego, tym niemniej jednak ich nieuwzględnienie przekreślałoby racjonalność decyzji o ich sporządzenie, ergo ich pominięcie jest wadliwe z prakseologicznego punktu widzenia.

²³ J. Papp, *Prof. Andrzej Zoll: Polska już nie jest państwem prawa*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/polska-juz-nie-jest-panstwem-prawa-opinia-prof-andrzej-zolla,502132.html>, dostęp: 10.08.2020 r.

zawodów prawniczych, jest szczególnie predestynowany do tego, aby zabierać głos w debacie publicznej na temat zmian w wymiarze sprawiedliwości, które mogą godzić w porządek konstytucyjny. Warto w tym kontekście odnotować stanowisko Krajowej Rady Radców Prawnych z 8 kwietnia 2017 r. zobowiązujące prezesa, wiceprezesów oraz Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych do aktywnego udziału w debacie publicznej²⁴. KRRP zobowiązała przy tym prezesa, wiceprezesa oraz Prezydium KRRP do prezentowania w tej debacie stanowiska KRRP, w świetle którego działania podejmowane przez władzę wykonawczą i ustawodawczą wobec Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Krajowej Rady Sądownictwa oraz sądownictwa powszechnego budziły zaniepokojenie jako godzące w zasady obowiązujące w demokratycznym państwie prawnym. Podobny wydzźwięk miało stanowisko KRRP z 3 października 2020 r. w sprawie naruszania niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów, w którym podkreślono, że przymiot niezawisłości sędziowskiej jest niezbędny dla utrzymania zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości, i wezwano władze publiczne do zaprzestania wszelkich działań godzących w niezawisłość sędziowską²⁵.

Kryzys państwa prawnego z indywidualnej perspektywy radcy prawnego implikuje konieczność odpowiedniego zachowania się wobec wyzwań, które aktualizują się w czasie zagrożeń dla konstytucyjnie określonego porządku. Jednym z „dylematów”, przed którym może stanąć radca prawny, jest wzięcie udziału w postępowaniu konkursowym prowadzonym przez Krajową Radę Sądownictwa, działającą na podstawie ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa²⁶. Model dostępu do zawodu sędziego w Polsce sprawia, że radcowie prawni legitymujący się określonym stażem zawodowym i spełniający inne warunki określone w ustawie z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych²⁷, mogą przystępować do konkursów na wolne stanowiska sędziowskie. Jednakże ewentualna decyzja o udziale w takim postępowaniu, w świetle wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej²⁸ oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁹, musi zostać oceniona negatywnie – chociaż warto przy tym zauważyć, już wcześniej udział w konkursie o wolne stanowisko sędziego prowadzonym przez KRS nie mógł być inaczej oceniony³⁰.

²⁴ *Stanowisko KRRP w sprawie udziału samorządu radców prawnych w debacie publicznej o aktualnej sytuacji wymiaru sprawiedliwości*, <https://kirp.pl/stanowisko-krrp-sprawie-udzialu-samorzadu-radcow-prawnych-debacie-publicznej-o-aktualnej-sytuacji-wymiaru-sprawiedliwosci/>, dostęp: 9.04.2022 r.

²⁵ *Stanowisko KRRP z dnia 3 października 2020 r. w sprawie naruszania niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów*, <https://kirp.pl/stanowisko-krrp-z-dnia-3-pazdziernika-2020-r-w-sprawie-naruszania-niezawislosci-sedziowskiej-i-niezaleznosci-sadow/>, dostęp: 4.10.2022 r.

²⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 269.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2072 ze zm.

²⁸ W szczególności wyrok TSUE z 6 października 2021 r. (sprawa C-487/19 W.Ż.). Szerzej o znaczeniu wyroku dla statusu sędziów powołanych w procedurze z udziałem KRS A. Grzelak, *Orzeczenia sędziów powołanych przy udziale nowej KRS – konsekwencje prawne wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 6.10.2021 r. (sprawa C-487/19 W.Ż.)*, LEX/el. 202.

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (skarga 43447/19).

³⁰ Por. argumentację przedstawioną w uzasadnieniu uchwały z 23 stycznia 2020 r. składu połączonych izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego (BSA I-4110-1/20) oraz w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 16 września 2021 r., I KZ 29/21.

Podsumowanie

Stwierdzenie ustrojowej roli radców prawnych w Polsce znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach Konstytucji RP oraz przepisach ustawy o radcach prawnych. Przepisy te tworzą spójny mechanizm, który w ujęciu modelowym powinien gwarantować radcom prawnym w wymiarze indywidualnym i ich samorządowi zawodowemu realny wpływ na stopień realizacji konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Występując w charakterze pełnomocnika procesowego, sporządzając opinie na potrzeby stosowania prawa przez organ administracji publicznej czy też ekspertyzy w procesie legislacyjnym, radca prawny powinien mieć na uwadze to, że wykonuje zawód zaufania publicznego, któremu ustrojodawca przypisał szczególne znaczenie, daleko wykraczające poza zwykłą działalność zarobkową. O tym, czy radcowie będą przyczyniać się do budowy i umacniania demokratycznego państwa prawnego, czy też staną się jednymi z akuszerów jego śmierci, przesądzi to, na ile będą wierni rocie ślubowania określonej w art. 27 ust. 1 u.r.p. W zwykłych okolicznościach dla wypełniania ustrojowej roli radców prawnych wystarczy, że swoje obowiązki zawodowe będą wypełniać z należytą starannością, chroniąc interesy podmiotów, o których mowa w art. 2 u.r.p. W czasie konstytucyjnego kryzysu dotyczącego wymiar sprawiedliwości właściwe wykonywanie ustrojowej roli przez radców prawnych oznacza powstrzymanie się od udziału w konkursie prowadzonym przez Krajową Radę Sądownictwa na wolne stanowisko sędziowskie.

Bibliografia

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Dziadzio A., *Polski model „rządów prawa” a europejska wizja „państwa prawa” z XIX w.* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. 1, Warszawa 2012.
- Grzelak A., *Orzeczenia sędziów powołanych przy udziale nowej KRS – konsekwencje prawne wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 6.10.2021 r. (sprawa C-487/19 W.Ż.)*, LEX/el.
- Lipowicz I., *Pojęcie państwa w projektach Konstytucji RP*, „Civitas. Studia z Filozofii i Polityki” 1997, nr 1.
- Morawski E., *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003.
- Opinie prawne w praktyce*, red. M. Król, Warszawa 2020.
- Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Tom 1. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, red. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014.
- Stankiewicz R., *O istocie zawodu radcy prawnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji CXXIII”, nr 3996, 2020.
- Tkaczyk E., *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przeгляд Sejmowy”, nr 6, 2011.
- Trubalski A., *Samorzady zawodów zaufania publicznego na przykładzie samorządu radców prawnych. Perspektywa konstytucyjnoprawna*, „Studia Iuridica Lublinensia” nr 21, 2014.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 2*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Wołpiuk W.J., *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.* [oprac. S. Legat, M. Lipińska], Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2002.

Akty prawne

- Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483.
- Ustawa z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 269.
- Ustawa z 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. z 1989 r. nr 75, poz. 444.
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.

Orzecznictwo

Wyrok ETPC w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (skarga 43447/19).

Wyrok TSUE z 6 października 2021 r. (sprawa C-487/19).

Wyrok TK z 7 marca 2012 r., K 3/10, OTK-A 2012/3/25.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 16 września 2021 r., I KZ 29/21.

Uchwała składu połączonych izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. (BSA I-4110–1/20).

Tomasz Niedziński¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0002-0997-1773

TAJEMNICA ZAWODOWA RADCÓW PRAWNYCH ORAZ ICH NIEZALEŻNOŚĆ

ABSTRAKT

Celem niniejszego artykułu jest analiza i ocena zjawiska tajemnicy zawodowej radców prawnych oraz ich niezależności. Artykuł ten wynika ze szczególnego zainteresowania autora zagadnieniami dotyczącymi niezależności radców prawnych oraz jej granic. Istotą tej publikacji jest zobrazowanie złożoności tego zjawiska.

Autor starał się zwrócić szczególną uwagę na sytuacje, w których obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej ulega ograniczeniom wynikającym ze specyfiki konkretnego rodzaju postępowania – przede wszystkim postępowania karnego, ale także postępowania z zakresu ochrony konkurencji. Autor wskazuje również konsekwencje, które grożą radcy prawnemu za naruszenie tajemnicy zawodowej.

Słowa kluczowe: niezależność, radca prawny, tajemnica zawodowa, etyka zawodowa, zawód zaufania publicznego

¹ Doktor nauk prawnych, doktor habilitowany, radca prawny, pracownik naukowo-dydaktyczny Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, były okręgowy rzecznik dyscyplinarny w Warszawie, były Główny Rzecznik Dyscyplinarny, partner zarządzający Kancelarii Tomasz Niedziński i Wspólnicy.

1. Istota niezależności radców prawnych

Radca prawny to osoba wykonująca zawód prawnika, która świadczy pomoc prawną, a w ramach swojej działalności zawodowej udziela porad oraz konsultacji prawnych, sporządza opinie prawne, oraz występuje przed sądami oraz innymi organami w roli pełnomocnika lub obrońcy. Działalność radcy prawnego ma na celu ochronę interesów podmiotów, na rzecz których jest wykonywana.

Zawód radcy prawnego może być wykonywany przez osobę, która spełniła wymagania wskazane szczegółowo w ustawie z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych², a więc przede wszystkim przez osobę, która ukończyła wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i posiada tytuł magistra albo studia zagraniczne uznawane w Polsce, korzysta z pełni praw publicznych, posiada pełną zdolność do czynności prawnych, odbyła w Rzeczypospolitej Polskiej aplikację radcowską oraz złożyła egzamin radcowski. Dodatkowo zawód radcy prawnego zaliczany jest do tzw. zawodów zaufania publicznego, a więc cechuje go m.in. istotność prawidłowego wykonywania zawodu, zgodnie z interesem publicznym, powierzanie przez osoby korzystające z usług radcy prawnego informacji o charakterze osobistym, uznanie tych informacji za tajemnicę zawodową, a ponadto objęcie radców prawnych dysponujących takimi informacjami immunitetem, który zwalnia ich od odpowiedzialności karnej za nieujawnienie informacji. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26 listopada 2003 r. wskazał, że zawód zaufania publicznego to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z uzyskiwaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany tak, że uzasadnia społeczne przekonanie o właściwym dla interesu poszczególnych jednostek wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi³.

Zgodnie z art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej sprawowanie pieczy nad należytych wykonywaniem zawodu zaufania publicznego obejmuje działania kontrolne oraz nadzorcze podejmowane przez organy samorządu zawodowego⁴. Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór nad działalnością samorządu na podstawie art. 5 ust. 3 ustawy o radcach prawnych w ściśle określonych sytuacjach. Może on także polecić wszczęcie postępowania.

Zgodnie z art. 6 ustawy o radcach prawnych świadczenie pomocy prawnej polega szczególnie na udzielaniu porad czy konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, występowaniu przed sądami jako pełnomocnik lub obrońca czy też opracowywaniu projektów aktów prawnych⁵. Preambuła Kodeksu Etyki Radców Prawnych stanowi, że radca prawny ma służyć interesom wymiaru sprawiedliwości oraz podmiotom, które powierzyły mu ochronę swoich praw i wolności. Jest to zawód zaufania publicznego, który szanuje ideały oraz obowiązki etyczne ukształtowane w ramach jego wykonywania⁶.

² Ustawa o radcach prawnych z 6 lipca 1982 r., t.j. Dz.U. 2022, poz. 1166.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2003 r., SK 22/02.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483.

⁵ Ustawa o radcach prawnych z 6 lipca 1982 r., t.j. Dz.U. 2022, poz. 1166.

⁶ Załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

W swojej działalności radca prawny musi zawsze kierować się prawem, wypełniać sumiennie obowiązki oraz dochowywać tajemnicy zawodowej. W trakcie wykonywania działalności zawodowej radca prawny korzysta z wolności słowa, a jego niezależność jest gwarancją ochrony praw i wolności. Radca prawny może wykonywać zawód w ramach stosunku pracy, w oparciu o umowę cywilnoprawną – w kancelarii radcy prawnego – oraz w spółce – cywilnej lub jawnej, partnerskiej, komandytowej czy komandytowo-akcyjnej. Wskazane przepisy mają charakter ochronny i zapewniają gwarancję niezależności zawodu. Oczywiście radca prawny będzie podlegał przepisom prawa pracy, a więc będzie zobowiązany do sumiennego wykonywania pracy na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy sumiennie, jednak uregulowanie to jest częściowo ograniczone przez art. 13 ustawy o radcach prawnych, wskazujący na jego niezależność.

Celem niniejszej publikacji jest przybliżenie kwestii niezależności radców prawnych oraz ukazanie złożoności obowiązującej ich tajemnicy zawodowej, której uregulowanie może się różnić w zależności od rodzaju toczącego się postępowania.

2. Tajemnica zawodowa obowiązująca radców prawnych

Artykuł 13 ustawy o radcach prawnych stanowi o niezależności radcy prawnego, wskazując że radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej⁷. Uregulowanie to jest nierozzerwalnie związane ze wskazanym powyżej stwierdzeniem, że zawód ten należy do zawodów zaufania publicznego. Radca prawny podczas sporządzania opinii prawnej musi być profesjonalny oraz korzystać z uzyskanych od klienta informacji. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego polega bowiem na uzyskiwaniu informacji dotyczących życia osobistego poszczególnych jednostek. Utrzymanie tajemnicy zawodowej należy do obowiązku radcy prawnego i pozwala na zbudowanie więzi z klientem – są nią objęte wszystkie informacje, o których radca prawny dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej. Radca prawny jest więc zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, które pozyskał w związku z dokonywaniem czynności zawodowych, niezależnie od źródła danej informacji, formy czy sposobu jej utrwalenia. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na kwestię przekazywania radcy prawnemu informacji przez klientów dotyczących ich dóbr osobistych oraz interesów, a także tego, jak istotne jest zachowanie poufności. Aby prawidłowo udzielić pomocy prawnej klientowi, konieczne jest uzyskanie od niego wszelkich potrzebnych informacji⁸. Zagwarantowaniu bezpieczeństwa tajemnicy zawodowej ma służyć ustanowiony w art. 18 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego obowiązek żądania przez radcę prawnego udziału przedstawiciela samorządu radców prawnych w przeszukaniu lokalu radcy prawnego⁹.

⁷ Ustawa o radcach prawnych z 6 lipca 1982 r., t.j. Dz.U. 2022, poz. 1166.

⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 listopada 2004 r., SK 64/03.

⁹ Kodeks Etyki Radcy Prawnego, załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r.

Ponadto radca prawny ma obowiązek zabezpieczenia informacji objętych tajemnicą zawodową. Wszelkie dokumenty czy nośniki posiadające tego typu informacje muszą być przechowywane w taki sposób, aby były zabezpieczone przed zniszczeniem, dostępem niepowołanych osób trzecich czy zaginięciem, a współpracownicy powinni zostać poinformowani o zachowaniu poufności informacji i pouczeni o stosownej odpowiedzialności prawnej.

Zgodnie z art. 21 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego radca prawny jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy, także wobec sądów oraz innych organów orzekających w sprawie, przebiegu oraz treści pertraktacji ugodowych, w których brał on czynny udział¹⁰. Artykuł 19 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego wskazuje natomiast, że radca prawny powinien podejmować wszelkie przewidziane prawem środki dla uniknięcia lub ograniczenia określonego w przepisach prawa zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej¹¹.

Radca prawny nie będzie więc związany poleceniem dotyczącym treści opinii prawnej, niezależnie od kogo będzie ono pochodzić. Aby uniknąć nieporozumień pomiędzy radcą prawnym a kancelarią, w której radca prawny pracuje, konieczne będzie przywołanie § 16 Regulaminu wykonywania zawodu radcy prawnego wskazującego, że kancelaria oraz radca prawny świadczą pomoc prawną i w ramach tej działalności powinni uzgodnić zasady świadczenia takiej pomocy prawnej. W odróżnieniu od opinii prawnej w informacji prawnej radca prawny może zamieścić wyłącznie jednostronne argumenty¹².

Kolejnym uregulowaniem wskazującym na niezależność radców prawnych będzie art. 7 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (KERP) stanowiący, że *niezależność w wykonywaniu zawodu radcy prawnego jest gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich, demokratycznego państwa prawnego oraz prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości*¹³. W ust. 2 KERP wskazano, że radca prawny, przy wykonywaniu czynności zawodowych, powinien być niezależny od wszelkich wpływów wynikających m.in. z nacisków zewnętrznych, osobistych interesów czy też ingerencji z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Polecenia, sugestie czy wskazówki ograniczające niezależność nie mogą mieć wpływu na stanowisko radcy prawnego w sprawie. Radca prawny nie może bowiem naruszyć zasad etyki zawodowej czy w sposób niewłaściwy wywiązywać się ze swoich obowiązków zawodowych w celu spełnienia oczekiwań swojego klienta czy innych osób trzecich¹⁴.

Niezależność radcy prawnego w podejmowanych przez niego czynnościach zawodowych stanowi więc jedną z podstawowych wartości. Radca prawny nie może więc podlegać jakimkolwiek wpływom, również finansowym. Nie może również ulegać naciskom z zewnątrz – czy ze strony członków rodziny, czy osób związanych ze sferą publiczną, np. polityków. Stanowisko zajmowane w danej sprawie czy wyrażone w opinii

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² L. Korczak, *Ustawa o Radcach Prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, wyd. 1, [b.m.] 2018.

¹³ Kodeks Etyki Radcy Prawnego, załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r.

¹⁴ *Ibidem*.

prawnej powinno wynikać z jego poglądów, a lojalność wobec klienta nie może wpływać na niezależność. Oczywiście radca prawny powinien respektować instrukcje używane przez klienta, na którego rzecz działa, wola klienta jest tu bowiem kluczowa. Zasada niezależności nie stoi również w sprzeczności z obowiązkiem radcy prawnego do udzielania pomocy prawnej osobom, na rzecz których jest dokonywana¹⁵.

Tematyka ta może budzić wątpliwości w odniesieniu do radcy prawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę oraz radcy prawnego pracującego w kancelarii prawnej. Radca prawny zatrudniony na podstawie umowy o pracę w dalszym ciągu będzie zajmował stanowisko zgodne z własnymi poglądami, a stosunek podległości łączący go z pracodawcą nie może mieć wpływu na treść wydawanej przez niego opinii. Jeżeli chodzi zaś o radców prawnych pracujących w kancelarii prawnej, pracują oni wówczas u innego profesjonalisty, który posiada już pewne doświadczenie z danymi klientami. Wówczas radca prawny wykonujący pracę na rzecz innego profesjonalisty powinien się z nim konsultować w podejmowanych przez siebie decyzjach. W przypadku aplikantów radcowskich zasada niezależności nie będzie odnosić się do ich stosunków z patronami czy innymi profesjonalistami, na których rzecz sporządzają opinię prawną czy występują w ich zastępstwie na sali sądowej. W tym przypadku aplikant będzie oczywiście zobowiązany do przestrzegania zaleceń osoby, co do której znajduje się w stosunku zależności¹⁶.

Zgodnie z art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego wykluczona będzie możliwość przesłuchania radcy prawnego (zarówno radcy prawnego z urzędu, jak i z wyboru) w charakterze świadka na okoliczność faktów, o których dowiedział się poprzez realizację funkcji obrońcy¹⁷. Wskazany zakaz dowodowy znajduje odniesienie do radców prawnych wykonujących zawód na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego lub w spółce. Zasada ta dotyczyć będzie również aplikantów radcowskich zastępujących radcę prawnego w roli obrońcy.

3. Zachowanie tajemnicy radcowskiej podczas postępowania karnego

Jednym z aspektów niezależności radcy prawnego jest właśnie zagadnienie zachowania tajemnicy radcowskiej w postępowaniu karnym. Jak wiadomo, głównym celem postępowania karnego jest wykrycie oraz pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego przez ustawę. Pełnomocnikiem może być zarówno adwokat, jak i radca prawny.

Tajemnica zawodowa obowiązująca radcę prawnego szczególnie uwidacznia się podczas występującej kolizji dóbr, które powinny być odpowiednio chronione. Ochrona tajemnicy zawodowej oraz zakres jej oddziaływania ma kluczowe znaczenie, jeżeli chodzi

¹⁵ J. Sobutka, A. Woroniecka, *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, wyd. 3, [b.m.] 2021.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 534.

o zwolnienie radcy prawnego z tajemnicy zawodowej, jest to równoznaczne z ustaleniem, czy doszło do spełnienia przesłanek uzasadniających takie zwolnienie, wskazaniem organu uprawnionego do takiego zwolnienia oraz wskazaniem środków odwoławczych. Aby jednak doszło do takiego zwolnienia, muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: dobra wymiaru sprawiedliwości oraz niemożliwości ustalenia okoliczności w oparciu o inne dokumenty. Organem, który może dokonać tego typu zwolnienia, będzie wyłącznie sąd. W postępowaniu przygotowawczym decyzja ta podejmowana jest przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji (art. 329 Kodeksu postępowania karnego)¹⁸. W toku postępowania decyzję podejmuje sąd, który prowadzi postępowanie. Decyzja sądu zwalniająca radcę prawnego z tajemnicy przybiera postać postanowienia, które z kolei będzie wymagało stosownego uzasadnienia (art. 98 k.p.k.)¹⁹. Dodatkowo zakazane będą pewne dowody – zakazom takim podlegają m.in. radcowie prawni²⁰.

Artykuł 180 Kodeksu postępowania karnego stanowi, że osoby, które są obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych – „zastrzeżonych” lub „poufnych”, lub związanych z wykonywaniem zawodu – mogą odmówić zeznań na okoliczności, na które rozciąga się wniosek, chyba że sąd bądź prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni je z obowiązku zachowania tajemnicy. Na postanowienie takie stronom będzie przysługiwać zażalenie. Radca prawny może być przesłuchiwany co do faktów objętych tajemnicą zawodową wyłącznie, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność taka nie może zostać ustalona na podstawie innego dowodu. Decyzja w kwestii przesłuchania lub zezwolenia zapada na etapie postępowania przygotowawczego, na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż siedem dni od daty doręczenia wniosku prokuratora²¹.

Na gruncie tego przepisu wyróżnia się trzy grupy informacji. Kluczowymi w kontekście niniejszego opracowania będą tajemnice związane z wykonywaniem zawodu bądź pełnieniem funkcji. Są to więc wszystkie informacje, które zostały uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu i są objęte tajemnicą. Ochrona informacji może również wynikać ze zobowiązania wobec klienta do ich nieujawniania. Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy, jak już wskazano powyżej, następuje w drodze postanowienia wydanego przez sąd (lub na wniosek prokuratora w zależności od etapu postępowania) i muszą zostać kumulatywnie spełnione dwie przesłanki: niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz niemożności ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu. Okoliczności uzasadniające zwolnienie powinny być szczegółowo wskazane oraz wyczerpująco uargumentowane oraz przedstawione w uzasadnieniu. Decyzję o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej podejmuje wyłącznie sąd. W postępowaniu przygotowawczym z wnioskiem takim może zwrócić się do sądu prokurator, a wówczas sąd ma siedem dni na rozpatrzenie wniosku (termin instrukcyjny)²².

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ J. Brylak, *Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego*, [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, red. M. Pawelczyk, R. Stankiewicz, Warszawa 2012, s. 37–49.

²¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 534.

²² D. Gruszecka, *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 5, [b.m.] 2021.

Zwolnienie z obowiązku dochowania tajemnicy radcowskiej zależy od decyzji sądu – w przypadku decyzji pozytywnej – radca prawny powinien złożyć odpowiednie zeznania. Niezależnie od zwolnienia musi on być jednak ostrożny w zakresie treści wypowiedzi, aby zeznawać w sposób prawdziwy i konieczny, ale nie ujawniać wszelkich innych okoliczności.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 maja 2008 r., art. 3 ustawy o radcach prawnych zobowiązuje radcę prawnego do zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedział się on przy okazji udzielania pomocy prawnej. Dokumentami zawierającymi taką tajemnicę będą zaś takie dokumenty, które zawierają treści, o których radca prawny dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej²³.

Sama możliwość przeprowadzenia dowodu na okoliczności objęte tajemnicą radcowską musi być każdorazowo poprzedzona analizą, czy dobro wymiaru sprawiedliwości uzasadnia naruszenie chronionego ustawowo interesu publicznego i prywatnego. Sąd, mając na względzie okoliczność, że tajemnica ta stanowi podstawę wykonywanego zawodu radcy prawnego, musi pełnić funkcję gwaranta zachowania właściwej formuły procedowania i zasadności wniosku o zwolnienie z jej zachowania²⁴.

Doniosłość społeczna zawodów zaufania publicznego oraz szczególny charakter art. 180 § 2 k.p.k., który stanowi *lex specialis* od zasady dochowania tajemnicy zawodowej, powodują, że przepis ten powinien być każdorazowo stosowany przez sąd w sposób rozważny i przemyślany, a przesłanki zwolnienia z obowiązku zachowania tej tajemnicy muszą być interpretowane ściśle i nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Prokurator w przypadku wystąpienia z wnioskiem o zwolnienie z tajemnicy zawodowej nie może zapomnieć, że to na nim będzie spoczywał ciężar wykazania jego słuszności²⁵.

Zwolnienie świadka od zachowania tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 k.p.k. oraz wskazana w art. 226 k.p.k. możliwość użycia dokumentów zawierających tajemnicę zawodową jako dowodów stanowią dwie odrębne od siebie kwestie. Jeżeli oskarżyciel widzi konieczność pozyskania dokumentacji, co do której przypuszcza, że znajduje się u radcy prawnego, na samym początku powinien wystąpić o jej wydanie w trybie art. 217 Kodeksu postępowania karnego, a w dalszej kolejności (jeżeli radca prawny uznałby, że dokumenty zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową) możliwe byłoby zwrócenie się do sądu z wnioskiem w przedmiocie wykorzystania jako dowodów w postępowaniu karnym dokumentów zawierających tajemnicę radcy prawnego²⁶.

Brak jest przeciwskażeń, o ile w dalszym toku postępowania pojawi się taka konieczność, aby prokurator po przesłuchaniu radcy prawnego ponowił wniosek o zwolnienie z tajemnicy zawodowej.

Kwestia tajemnicy zawodowej jest jedną z podstawowych norm wykonywania zawodu zaufania publicznego. Ma wyjątkowe znaczenie w relacji pomiędzy profesjonalnym pełnomocnikiem a klientem. W judykaturze podkreśla się także konieczność zapewnienia ochrony tajemnicy zawodowej w ramach podejmowanych przez organy ścigania

²³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 maja 2008 r., II AKz 294/08, Legalis.

²⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 5 kwietnia 2018 r., II AKz 155/18, Legalis.

²⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 czerwca 2018 r., II AKz 231/18, Legalis.

²⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9 czerwca 2020 r., II AKz 535/20, Legalis.

czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zastosowanie wobec radcy prawnego podśluchu operacyjnego będzie automatycznie powstrzymywało klientów przed ujawnianiem informacji pełnomocnikowi.

Warto pamiętać, że w procedurze administracyjnej, cywilnej czy podatkowej nie przewidziano zwolnienia radcy prawnego z tajemnicy zawodowej, jak to zostało omówione przy procedurze karnej, przewidziana została natomiast możliwość odmowy przez radcę prawnego, który jest przesłuchiwany w charakterze świadka, odpowiedzi na pytania, jeżeli odpowiedź na nie mogłaby spowodować naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

4. Konsekwencje naruszenia tajemnicy zawodowej

Jeżeli zaś chodzi o konsekwencje związane z naruszeniem przez radcę prawnego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej – za naruszenie takiego obowiązku radca prawny może być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej – samo niedochowanie tajemnicy zawodowej naruszać będzie zarówno przepisy ustawy o radcach prawnych, jak również uregulowania Kodeksu Etyki Radcy Prawnego i stanowić będzie przewinienie dyscyplinarne. Zgodnie z art. 64 ustawy o radcach prawnych radcowie prawni oraz aplikanci radcowscy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych²⁷. Wyższy Sąd Dyscyplinarny 14 marca 2016 r. stwierdził, że radca prawny ma swoim postępowaniem budować oraz podtrzymywać zaufanie do zawodu radcy prawnego i tym samym dochowywać tajemnicy zawodowej. Sąd krytycznie odnosi się do wykroczenia przeciwko dochowaniu tajemnicy zawodowej, postrzegając to jako poważne przewinienie dyscyplinarne²⁸. Jeżeli radca prawny występuje w charakterze obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym, ma prawo do składania wyjaśnień, a także może odmawiać odpowiedzi na poszczególne pytania. Jeżeli obwiniony radca prawny zechce złożyć wyjaśnienia, pojawi się wówczas zbieg pomiędzy prawem do złożenia wyjaśnień a obowiązkiem dotrzymania tajemnicy zawodowej. Prawo do obrony posiada każdy człowiek i może ono stanowić w danym stanie faktycznym wartość wyższą. Obwiniony podejmie wówczas decyzję, czy z niego skorzysta, czy też dochowa tajemnicy zawodowej²⁹. Okoliczności takie mogą być ujawnione wyłącznie w zakresie niezbędnym do obrony – jeżeli bowiem przekroczy granice konieczności obrony, stanie się deliktem dyscyplinarnym.

Radca prawny nie może zostać zwolniony przez swojego klienta z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Zwolnienia będzie mógł dokonać wyłącznie stosowny sąd,

²⁷ Ustawa o radcach prawnych z 6 lipca 1982 r., t.j. Dz.U. 2022 poz. 1166.

²⁸ Orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z 14 marca 2016 r., WO-95/15.

²⁹ D. Seroka, *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.

wydając postanowienie, które jest zaskarżalne. Wyjątkiem jest sytuacja, w której radca prawny będzie występował jako obwiniony, wówczas ma on możliwość dochodzić swojej niewinności i nie dochować tajemnicy zawodowej, ale jedynie w zakresie koniecznym do tej obrony.

5. Postępowanie z zakresu ochrony konkurencji a zachowanie tajemnicy zawodowej

Jeżeli mowa o innych specyficznych postępowaniach, jak na przykład postępowaniu z zakresu ochrony konkurencji, które prowadzone jest przez Komisję Europejską, jednolite orzecznictwo unijne w tym zakresie wskazuje, że w tego typu postępowaniach nie będzie miała zastosowania ochrona prawna oparta na instytucji tajemnicy radcowskiej co do informacji zawartych w dokumentach sporządzonych na piśmie bądź zapisanych na nośnikach informatycznych wymienianych pomiędzy kierownictwem a prawnikiem wewnętrznym³⁰. Postępowania dotyczące ochrony konkurencji to przede wszystkim postępowania, które w swoim założeniu mają prowadzić do przeciwdziałania nadużywaniu siły rynkowej (np. monopole, zakazane porozumienia). Opierają się one, zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym, na dużej ingerencji w podmioty gospodarcze oraz ich działalność w celu skutecznego zgromadzenia potrzebnego materiału dowodowego. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może również przeprowadzać kontrolę u przedsiębiorców, podczas której może żądać udostępnienia akt, ksiąg, dokumentów. W celu ochrony pewnych informacji i zakazania ich użycia w postępowaniu, dowody muszą wynikać z dokumentów pisemnych/korespondencji prowadzonej z zewnętrznym prawnikiem, który jest dopuszczony do zawodu w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej. Istotny jest więc podział na prawników zatrudnionych w danym podmiocie gospodarczym, wynagradzanych na podstawie umowy o pracę, oraz na prawników niezależnych, zewnętrznych, niezwiązanych żadną umową. Orzecznictwo unijne wskazało, że wyłącznie dokumenty sporządzone przez prawników niezależnych będą chronione tajemnicą komunikacji³¹.

6. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę powyższe, relacja pomiędzy radcą prawnym, wykonującym zawód zaufania publicznego, a jego klientem i wszelkie informacje wymieniane w ramach tej

³⁰ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akcros Chemicals Ltd v. Commission, C-550/07 P, Dz.U. C 37 z 9 lutego 2008 r.

³¹ R. Stankiewicz, *Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji*, [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, red. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warszawa 2012.

relacji, w tym informacje wrażliwe, są objęte tajemnicą zawodową. Jest to zasada uznawana w każdym z krajów Unii Europejskiej. Jest ona oparta na zaufaniu, które powstaje w relacji klient–radca prawny. Do prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego potrzebne jest przekazanie przez klienta wszelkich informacji związanych z daną sprawą w sposób obiektywny, dlatego tak ważna jest niezależność radców prawnych. Zasada ta doznaje jednak wyjątków, które są ściśle uregulowane, jak wskazane powyżej przypadki w zakresie postępowania karnego czy też postępowania z zakresu ochrony konkurencji. Są to jednak sytuacje wyjątkowe, które nie mogą być uznawane za regułę, a każdy przypadek musi zostać oceniony w oparciu o okoliczności faktyczne konkretnej sprawy. W przeciwnym razie dochodziłoby do istotnego zagrożenia zasady niezależności radców prawnych oraz tajemnicy zawodowej, a więc zachwiania zaufania w relacji klient–radca prawny, co budziłoby wątpliwości w kontekście zaliczania zawodu radcy prawnego do kategorii zawodów zaufania publicznego, w których jest to szczególnie istotne.

Bibliografia

Literatura

- Brylak J., *Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego*, [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, red. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warszawa 2012.
- Gruszecka D., *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 5, [b.m.] 2021.
- Korczak L., *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz.*, red. T. Scheffler, wyd. 1, [b.m.] 2018.
- Seroka D., *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [w:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.
- Sobotka J., Woroniecka A., *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, wyd. 3L, [b.m.] 2021.
- Stankiewicz R., *Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji*, [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, red. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warszawa 2012.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 534.
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. 2022 poz. 1166.
- Załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

Orzecznictwo

- Wyrok Europejskiego sądu Sprawiedliwości z 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akros Chemicals Ltd v. Commission, C-550/07 P, Dz.U. C 37 z 9 lutego 2008 r.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 listopada 2004 r., SK 64/03.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2003 r., SK 22/02.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9 czerwca 2020 r., II AKz 535/20, Legalis.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 czerwca 2018 r., II AKz 231/18, Legalis.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 maja 2008 r., II AKz 294/08, Legalis.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 5 kwietnia 2018 r., II AKz 155/18, Legalis.
- Orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z 14 marca 2016 r., WO-95/15.

Aleksander Jakubowski¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0002-5937-9591

STATUS SAMORZĄDU RADCÓW PRAWNYCH W ŚWIELE KODEKSU POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO – Z PERSPEKTYWY ROZPATRYWANIA SKARG, WNIOSKÓW I PETYCJI

ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest status samorządu radców prawnych, analizowany w świetle Kodeksu postępowania administracyjnego z perspektywy rozpatrywania skarg, wniosków i petycji. Analiza prowadzi do wniosku, że na gruncie Kodeksu postępowania administracyjnego samorząd radców prawnych jest organizacją społeczną. Tym samym jego organy są organami organizacji społecznej, chyba że ułatwiają sprawy administracyjne. W opracowaniu wyróżniono 4 kategorie sytuacji związanych ze stosowaniem przepisów o skargach i wnioskach w ramach działalności samorządu radców prawnych.

Słowa kluczowe: samorząd zawodowy, radcowie prawni, skargi, wnioski, petycje

I. Wprowadzenie

Jubileusz samorządu radców prawnych jest okazją do poczynienia refleksji na temat jego statusu, jaki wyłania się z ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania

¹ Adiunkt w Katedrze Prawa i Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, radca prawny.

administracyjnego². Ustalenia w tym przedmiocie są podstawą do dalszych wniosków szczegółowych odnoszących się do poszczególnych problemów procesowych, w których pojawia się wskazany samorząd lub jego organy. W tym zakresie w niniejszym opracowaniu uwzględniono perspektywę związaną z rozpatrywaniem skarg i wniosków, o których mowa w przepisach Działu VIII wskazanego kodeksu. Przy tym wywody te znajdują zastosowanie również do petycji, gdyż zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z 11 lipca 2014 r. o petycjach³ mogą być one złożone do organu władzy publicznej, a także „do organizacji lub instytucji społecznej w związku z wykonywanymi przez nią zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej”, a na mocy art. 15 tej ustawy w zakresie nieuregulowanym w niej stosuje się odpowiednio przepisy k.p.a.

II. Status samorządu radców prawnych w k.p.a.

Dla rozważenia tytułowego problemu kluczowe jest zatem ustalenie, czy samorząd radców prawnych jest organem administracji publicznej, o którym mowa w art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a., czy organizacją społeczną, o której mowa w pkt 5 tego przepisu, czy też ma jeszcze inny status prawny.

Znaczenie tej kwestii w materii skarg i wniosków uwidacznia się na tle art. 221 k.p.a. Paragraf 1 tego przepisu stanowi, że zagwarantowane każdemu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawo składania skarg i wniosków do organów państwowych, organów jednostek samorządu terytorialnego, organów samorządowych jednostek organizacyjnych oraz do organizacji i instytucji społecznych realizowane jest na zasadach określonych przepisami Działu VIII k.p.a. Paragraf 2 art. 221 k.p.a. zawiera jednak normę szczególną, zgodnie z którą „[s]kargi i wnioski mogą być składane do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej”. *Ergo* obowiązek rozpatrywania skarg i wniosków przez organizacje społeczne jest węższy niż w przypadku organów państwowych i jest on ograniczony przedmiotowo do skarg i wniosków pozostających w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej. Nadto kwalifikacja ta ma znaczenie dla ustalenia organu właściwego, albowiem w myśl art. 230 k.p.a. do rozpatrzenia skargi dotyczącej zadań i działalności organizacji społecznej właściwy jest organ bezpośrednio wyższego stopnia tej organizacji, a w stosunku do organu naczelnego organizacji – Prezes Rady Ministrów lub właściwi ministrowie sprawujący nadzór nad działalnością tej organizacji. Regulację szczególną zawiera też art. 242 § 2 k.p.a., zgodnie z którym „wnioski w sprawach dotyczących zadań organizacji społecznych składa się do organów tych organizacji”, jak też art. 258 § 2 k.p.a. stanowiący, że „[n]adzór i kontrolę nad przyjmowaniem i załatwianiem skarg i wniosków w organach organizacji społecznych sprawują statutowe organy nadzorcze tych organizacji oraz organy wyższego stopnia, zaś w organach naczelnych

² T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.; dalej jako k.p.a.

³ T.j. z 2018 r. poz. 870 ze zm.

tych organizacji – organ administracji rządowej sprawujący nadzór nad działalnością danej organizacji”.

Znaczenie prawidłowego określenia tego, czy organ samorządu radców prawnych jest lub nie jest właściwy do rozpatrzenia skargi i wniosków, podkreśla art. 223 § 1 k.p.a., w myśl którego „organy państwowe, organy samorządu terytorialnego i inne organy samorządowe oraz organy organizacji społecznych – rozpatrują oraz załatwiają skargi i wnioski w ramach swojej właściwości”.

Jak stanowi art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a., ilekroć w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego jest mowa o organach administracji publicznej, rozumie się przez to ministrów, centralne organy administracji rządowej, wojewodów, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespalonej), organy jednostek samorządu terytorialnego oraz organy i podmioty wymienione w art. 1 pkt 2 k.p.a. Art. 1 pkt 2 k.p.a. wskazuje podmioty powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych albo załatwianych milcząco. Z kolei art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a. stwierdza, że ilekroć w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego jest mowa o organizacjach społecznych – rozumie się przez to organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne.

Nietrudno zauważyć, że ustawodawca zastosował metodę definiowania pojęcia organizacji społecznej za pomocą terminów niedookreślonych. Z tego powodu – jak wytyka się w literaturze – definicja ta zawiera wadę *ignotum per ignotum*, gdyż w *definiendum* i *definiens* występują terminy tożsame. W efekcie pojęcie wprowadzone w komentowanym przepisie jest nieprecyzyjne i nie można wykorzystać go w pełni do ustalenia cech, jakie musi posiadać jednostka organizacyjna, aby można ją uznać za organizację społeczną na gruncie procesu administracyjnego. Dodać trzeba, że ani doktryna, ani sądy administracyjne nie wypracowały jednolitego stanowiska odnośnie do kryteriów kwalifikowania określonych podmiotów do kategorii „organizacji społecznych”⁴.

Mierząc się z wyzwaniem odniesienia tego pojęcia do samorządu radcowskiego, przychodzi wskazać za uchwałą NSA z 22 września 2014 r., II GPS 1/14⁵, że samorząd zawodowy nie jest administracją publiczną w znaczeniu ustrojowym. Nie jest organem państwa, nie wykonuje kompetencji podlegających zarachowaniu na rzecz państwa. Cechą tego samorządu jest jego podmiotowość prawna, wynikająca z nadania mu osobowości prawnej, z którą wiąże się możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków. Jego osobowość prawna obejmuje sferę prawa publicznego i sferę prawa prywatnego. Z podmiotowego punktu widzenia samorząd zawodowy można więc przeciwstawić państwu⁶.

4 K. Klonowski, *Art. 5*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015, s. 53. O trudnościach na tym polu wspomina też Z. Kmiecik, *Art. 5*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warszawa 2019, s. 55.

5 ONSAiWSA 2015, nr 1, poz. 4.

6 K. Klonowski, *Izba notarialna jako strona postępowania w sprawie powołania notariusza. Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22.09.2014 r., II GPS 1/14*, „Przełęcz Prawa Publicznego” 2017, nr 5, s. 122.

Warto zaznaczyć, że już w wyroku z 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87⁷ NSA uznał dopuszczalność potraktowania samorządu zawodowego za organizację społeczną, z tego względu mogącą uczestniczyć w postępowaniach administracyjnych na prawach strony po dopuszczeniu w trybie art. 31 § 1–3 k.p.a. Pogląd ten już podówczas został zaaprobowany przez doktrynę⁸.

Tezę o zaliczeniu samorządu radców prawnych do kategorii organizacji społecznych potwierdza postanowienie WSA w Warszawie z 16 stycznia 2008 r., III SA/Wa 1862/07. Sąd wskazał wprost, że okręgowa izba radców prawnych spełnia kryterium organizacji społecznej. Jak wyjaśnił, definicja pojęcia organizacji społecznych rozbudowana na podstawie poglądów doktryny, rozwiązań prawnych przyjętych w polskim prawie oraz na gruncie orzecznictwa sądowego obejmuje wszystkie trwałe zrzeszenia osób fizycznych, a także prawnych, tzn. takie grupy tych podmiotów, które związane są wspólnym celem i stałą więzią organizacyjną, niewchodzące w skład aparatu państwowego i niebędące zarazem spółkami prywatnymi.

Odmienny pogląd wyraził NSA w postanowieniu z 11 kwietnia 2011 r., II FSK 2300/10, wywodząc, że okręgowa izba radców prawnych jest „jednostką organizacyjną samorządu zawodowego radców prawnych, której organizacja, podstawy działania oraz cele zostały zawarte w ustawie o radcach prawnych. Izba nie jest zatem organizacją społeczną”. Trudno jednak podzielić lakoniczną argumentację NSA, gdyż organizacja społeczna może posiadać jednostki organizacyjne, a sam ustawodawca w k.p.a. stanowi o organach organizacji społecznych. Jednocześnie izba spełnia wymagania postawione przez NSA, aby być uznaną za organizację społeczną: stanowi trwałe zrzeszenie osób fizycznych powołane do wypełniania określonych, ważnie społecznie celów, posiadające stałą więź organizacyjną, przy tym niewchodzące w skład aparatu organów administracji publicznej, gdyż sama nigdy nie występuje jako taki organ, lecz w tym charakterze w określonych przypadkach występują jedynie jej organy. Tym samym podane przez NSA okoliczności nie wykluczają uznania samorządu radców prawnych za organizację społeczną w rozumieniu k.p.a. Nadto przywołane orzeczenie odnosiło się do pojęcia organizacji społecznej na gruncie Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁹, a nie bezpośrednio k.p.a.

Doktryna wskazuje, że organizacja społeczna to zrzeszenie (korporacja) obywateli (jednostek) albo osób prawnych poza strukturą aparatu administracji publicznej, zarówno rządowej, jak i samorządu terytorialnego, które nie ma charakteru przymusowego, powołane w celu realizacji celów określonych w ustawie albo w aktach wewnętrznych tych organizacji¹⁰. Znaczenie dobrowolności podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2002 r., III RN 144/01¹¹, wskazując, że organizacją społeczną w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a. jest wyłącznie dobrowolne zrzeszenie osób, urzeczywistniające

7 „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1989, nr 6, poz. 133.

8 Zob. T. Woś, *Glosa do wyroku NSA z 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1989, nr 6, s. 311.

9 Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.

10 K. Klonowski, *Art. 5...*, s. 54.

11 OSNAPU 2003, nr 15, poz. 348.

wąskie przedmiotowo cele statutowe w interesie swoich członków, czyli podmiot typu korporacyjnego.

A. Gronkiewicz, po wyczerpującym przedstawieniu stanowiska orzecznictwa i doktryny w odniesieniu do pojęcia organizacji społecznej, podaje ostatecznie następujące jej cechy konstytutywne:

- 1) funkcjonowanie poza sektorem państwowym i gospodarczym;
- 2) cel o charakterze społecznym;
- 3) trwałość celu;
- 4) charakter dobrowolny organizacji w sensie dobrowolności przynależności członków do organizacji;
- 5) autonomię organizacyjną¹².

Zdaniem K. Klonowskiego w pojęciu tym mieści się również samorząd zawodowy, zrzeszający, z mocy prawa lub na zasadach dobrowolności, osoby wykonujące określone zawody¹³.

Ponadto aktualnie w piśmiennictwie wskazuje się, że przez określenie „organizacje samorządowe”, o których mowa w art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a., należy rozumieć różnorodne formy samorządu specjalnego, którego liczne organizacje pojawiły się po transformacji ustrojowej. Samorząd specjalny w założeniach teoretycznych stanowi wspomnianą już korporację publicznoprawną, formę decentralizacji administracji, w której członkostwo jest obowiązkowe. A. Nędzarek wymienia tu samorząd zawodowy wprost w pierwszej kolejności. Jak zaznacza, na taki status korporacji zawodowych może wskazywać ich odrębność od aparatu administracyjnego państwa, niegospodarczy charakter oraz służeńie interesowi ogólnemu, głównie poprzez czuwanie nad należytym wykonywaniem zawodu¹⁴.

Samorząd zawodowy do organizacji społecznych zaliczają też P. Gołaszewski i K. Wąsowski, zastrzegając, że brak dobrowolności w sensie materialnym w zrzeszaniu się w samorządzie zawodowym (wykonywanie zawodu możliwe jest jedynie dla członka korporacji) jest niekiedy podstawą do kwestionowania w literaturze uznania samorządu zawodowego za organizację społeczną¹⁵. Jak stwierdza A. Gronkiewicz, wyłącznie samorządy zawodowe, w stosunku do których nie ma obowiązku przynależności, można zaliczyć w ujęciu modelowym do organizacji społecznych¹⁶.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że samorząd radcowski funkcjonuje poza sektorem państwowym i gospodarczym (tworzy własny „sektor”), służy celom o charakterze społecznym (a nie prywatnym), cel ma charakter trwały (co podkreśla jego regulacja ustawowa), jak też posiada autonomię organizacyjną stanowiącą wszak jedną z cech konstytutywnych samorządności zawodowej. Pozostaje zatem zasadne pytanie, czy istotnie

¹² A. Gronkiewicz, *Organizacja społeczna w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2012, s. 62.

¹³ K. Klonowski, *Art. 5...*, s. 55.

¹⁴ A. Nędzarek, *Organizacje samorządowe*, [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Zakres przedmiotowy i podmiotowy postępowania administracyjnego ogólnego. Tom II. Część 1*, red. W. Chróścielewski, Warszawa 2018, s. 436.

¹⁵ Zob. P. Gołaszewski, K. Wąsowski, *Art. 5*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2021, s. 100.

¹⁶ A. Gronkiewicz, *Organizacja społeczna...*, s. 105.

nie jest spełniony element w postaci dobrowolności organizacji w sensie dobrowolności przynależności członków do niej. Jak można sądzić, również i to kryterium z pewnej perspektywy może być uznane za spełnione. Przedstawicielom doktryny wykluczającym samorządy zawodowe z kategorii organizacji społecznych zdaje się bowiem umykać różnica między przymusem bycia członkiem samorządu terytorialnego a rzekomym przymusem bycia członkiem samorządu zawodowego. Mieszkaniec Polski nie ma możliwości niebycia członkiem samorządu terytorialnego. Każdy zatem mieszkaniec Polski jest członkiem samorządu terytorialnego i nie może podjąć działania, które by go pozbawiało takiego członkostwa jako mieszkańca Polski. Tymczasem członkostwo w samorządzie zawodowym jest wtórne od dobrowolnej decyzji o wykonywaniu zawodu (aplikowaniu o jego wykonywanie), którego przedstawiciele tworzą korporację w postaci samorządu zawodowego. Tym samym członkostwo w samorządzie zawodowym pozostaje dobrowolne, a jedynie prawodawca ogranicza zakres tej swobody. Ograniczenie to w istocie zawęży zakres wyboru do bycia członkiem samorządu zawodowego przez podjęcie zawodu implikującego członkostwo w tym samorządzie zawodowym lub niepodjęcie takiego zawodu. Tym samym niezbędna swoboda członkostwa w samorządzie zawodowym jako organizacji społecznej jest zachowana, związanie odnosi się zaś do zakresu i skutków tego dobrowolnego wyboru jednostki (jeżeli jest ona uprawniona do jego podjęcia, tj. spełnia kryteria podjęcia takiego zawodu). Przy tym wskazane ograniczenie niewątpliwie implikuje nadzór państwa nad samorządem zawodowym – w szczególności nad dostępem do zawodu – jak też wymóg proporcjonalnego zakreszenia jego kompetencji.

A. Nędzarek wskazuje, że zadania ustawowe samorządów zawodowych obejmują ważne cele społeczne, wykraczające poza działalność związaną *stricte* z aktywnością zawodową członków oraz funkcjonowaniem jednostek tego samorządu. Stąd w ocenie tego przedstawiciela doktryny najpoważniejszy argument przeciwko uznaniu rzeczonych korporacji za organizacje społeczne dotyczy wykonywania przez nie zdecentralizowanej administracji w zakresie reglamentacji dostępu do zawodu¹⁷. Odnosząc się do tego zapatrywania, należy zaznaczyć, że w istocie samorząd zawodowy zachowuje tutaj status organizacji społecznej, zaś dla przywołanego przypadku to organy tego samorządu – a nie on sam – są traktowane jako organy administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym. Nie oznacza to zatem pozbawienia samorządu zawodowego statusu organizacji społecznej na gruncie k.p.a., lecz dopuszczenie sytuacji szczególnych, w których organy tego samorządu będą traktowane jak organy administracji publicznej.

Pogląd wykluczający samorząd zawodowy z kategorii organizacji społecznych jest mniejszościowy; przeważa stanowisko, że samorząd zawodowy może być traktowany jako rodzaj organizacji społecznej¹⁸. Wiodące jest zapatrywanie, że w pojęciu organizacji samorządowej mieszczą się takie organizacje, które realizują zadania i funkcje samorządowe innego rodzaju niż samorząd terytorialny. Wskazuje się tutaj wprost właśnie na samorząd zawodowy, z wyłączeniem przypadków wykonywania zleconych funkcji administracji publicznej¹⁹.

17 A. Nędzarek, *Organizacje samorządowe...*, s. 436.

18 Tak też: *ibidem*.

19 B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 58.

To szersze ujęcie koresponduje z poglądem J.P. Tarno, że definicja organizacji społecznej daje podstawę do przyjęcia, iż obejmuje wszystkie jednostki organizacyjne nie stanowiące aparatu państwowego ani w jakiegokolwiek formie ich przedłużenia; wszelkie formy organizacyjne, których powstanie i działalność nie może być przypisana państwu, lecz pewnej grupie społecznej²⁰. Zakres pojęcia organizacji społecznych ograniczono w przeszłości do zrzeszeń obywateli typu korporacyjnego, jednak dziś można przyjąć, że obejmuje każdą dopuszczoną przez prawo formę organizacyjną, funkcjonującą poza aparatem państwowym, za pomocą której obywatele mogą przedstawiać swój interes grupowy²¹.

Godzi się odnotować w literaturze także pogląd jeszcze dalej idący, tj. uznający samorządy zawodowe nie za organizacje społeczne, lecz instytucje społeczne, o których mowa w art. 221 k.p.a.²² Jest on jednak konsekwencją wykluczenia uznania jednostki organizacyjnej samorządu radców prawnych z kategorii organizacji społecznej w postanowieniu NSA z 11 kwietnia 2011 r., II FSK 2300/10, które to orzeczenie – jak wyżej wskazano – nie jest przekonujące.

Konkludując, spełnione są wszystkie kryteria uznania samorządu radcowskiego (samorządu zawodowego) za organizację społeczną w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a. W rezultacie do samorządu radcowskiego należy stosować przepisy k.p.a. o organizacjach społecznych, a do organów samorządu radcowskiego przepisy k.p.a. o organach organizacji społecznych. Przepisy k.p.a. o organie administracji publicznej odnoszą się do organów samorządu radców prawnych zasadniczo tylko w takim zakresie, w jakim załatwiają one sprawy administracyjne w formie decyzji administracyjnej czy postanowienia bądź wydają zaświadczenia.

Podkreślić przy tym należy, że w materii skarg i wniosków w żadnym przypadku samorząd radców prawnych czy jego organy nie mogą być utożsamiane z odrębną kategorią określoną w art. 221 i art. 224 k.p.a., tj. organem państwowym²³.

III. Rozpatrywanie skarg, wniosków i petycji przez samorząd radcowski

Ustalenie statusu samorządu radcowskiego jako organizacji społecznej pozwala określić zakres stosowania w odniesieniu do niego przepisów o skargach i wnioskach oraz o petycjach.

J. Wegner wskazuje, że przyjmując przyjazny Konstytucji rezultat wykładni przepisu art. 221 § 1 k.p.a., uznać trzeba, że skargi i wnioski (a także petycje) wnoszone być

²⁰ J. P. Tarno, *Głosa do uchwały składu siedmiu sędziów NSA z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt II OPS 4/05*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2006, nr 1, s. 155. Nie powinno tej kwalifikacji przy tym podważać uregulowanie przez organ państwa funkcjonowania organizacji społecznej np. w drodze ustawy.

²¹ *Ibidem*, s. 156.

²² Zob. S. Gajewski, [w:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Petycje, skargi i wnioski. Dział VIII Kodeksu postępowania administracyjnego. Ustawa o petycjach. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 10.

²³ *Ibidem*, s. 8.

mogą do każdego organu władzy publicznej w rozumieniu przepisu art. 63 Konstytucji RP, a więc podmiotu uprawnionego do działania w sferze *imperium*. Przedmiotem skargi lub wniosku uczynić jednak można wyłącznie te działania bądź zaniechania, które wyczerpują korzystanie przez te podmioty z władzy publicznej. Wskazana autorka określa, że działalność organizacji społecznych może stanowić przedmiot postępowania skargowo-wnioskowego pod warunkiem, że mieści się ona w sferze zadań zleconych²⁴. Podobnie M. Jaśkowska zaznacza, że organizacje i instytucje społeczne realizują prawo do skargi czy wniosku jedynie wówczas, gdy wykonują funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej²⁵. Myśl tę rozwijają J. Borkowski i B. Adamiak stwierdzając, że „do organizacji społecznej mogą być kierowane skargi i wnioski tylko wtedy, gdy wykonuje ona zlecone zadania lub funkcje administracji publicznej, a z tego wynika wniosek, że powinny one dotyczyć tych właśnie zadań i funkcji. Pojęcie organizacji społecznej musi być rozumiane zgodnie z regulacją prawną zawartą w art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a., pojęcie zadań zleconych trzeba natomiast rozpatrywać na gruncie ustaleń doktrynalnych, a więc mając na uwadze to, że jest ono szersze od zlecenia funkcji administracji publicznej. Nie tylko będzie chodziło o przypadki wydawania przez organy organizacji społecznych decyzji administracyjnych lub innych aktów władczych, lecz również o podejmowanie działań w innych prawnych formach, np. działań niewładczych. Na podstawie przepisów Działu VIII k.p.a. i z gwarancjami wynikającymi z tych przepisów nie mogą natomiast być wnoszone skargi i wnioski dotyczące wszelkiej innej działalności organizacji społecznej”²⁶.

Odnosząc te myśli do przedmiotu niniejszego opracowania, należy zatem stwierdzić, że skargi i wnioski samorząd radców prawnych (przez swoje organy) obowiązany jest rozpatrywać w takim zakresie, w jakim dotyczą one zadań administracji publicznej nałożonych na samorząd radców prawnych przepisami prawa. Najczęściej będą to działania związane z wydawaniem decyzji administracyjnych, a w takim przypadku i tak organy samorządu radcowskiego są traktowane jak organy administracji publicznej, w tym w aspekcie skarg i wniosków. W pozostałym zaś zakresie, skoro samorząd radcowski ani jego organy nie są traktowane jak organy administracji publicznej, znajdzie zastosowanie art. 240 k.p.a. Stosownie do tego przepisu, gdy skarga dotyczy sprawy, która nie podlega rozpatrzeniu według przepisów kodeksu (art. 3 § 1 i 2) albo nie należy do właściwości organów administracji publicznej, przepisy art. 233–239 k.p.a. stosuje się odpowiednio, z zastrzeżeniem, że w miejsce pozostałych przepisów kodeksu stosuje się przepisy postępowania właściwego dla danej sprawy.

Artykuł 240 k.p.a. znajduje zastosowanie do organizacji społecznych, jednak – jak stwierdzają B. Adamiak i J. Borkowski – „oczywiście tylko w dziedzinie, w której wykonują one zadania zlecone z zakresu administracji publicznej”²⁷. Można zatem przyjąć,

24 J. Wegner, *Art. 221*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Z. Kmiecik. W. Chróścielewski, Warszawa 2019, s. 1043.

25 M. Jaśkowska, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 1071.

26 B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 1174.

27 *Ibidem*, s. 1204.

że chodzi tu o zadania zlecone z zakresu administracji publicznej, nieprzewidziane do załatwienia w drodze postępowania administracyjnego w formie decyzji administracyjnej. W szczególności może to dotyczyć postępowań dyscyplinarnych.

Zapatorywanie to podziela też J. Wegner, wskazując, że użyte w przepisie art. 240 k.p.a. pojęcie organu administracji publicznej należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem nadanym mu w przepisie art. 5 § 2 pkt 3 w zw. z art. 1 pkt 2 k.p.a., wiążącym pojęcie organu z kompetencją do załatwiania spraw indywidualnych w drodze decyzji administracyjnych lub milcząco. Artykuł 240 k.p.a. zawiera odesłanie, które można określić mianem „zwrotnego”, odnosi się bowiem do spraw uregulowanych w przepisach odrębnych. Rozwiązanie to podyktowane jest koniecznością respektowania pierwszeństwa przepisów odrębnych regulujących postępowanie administracyjne w poszczególnych kategoriach spraw. Przyjąć należy, że przepisy zamieszczone w przepisach art. 233–239 mogą podlegać stosowaniu wprost, stosowaniu z niezbędnymi modyfikacjami albo nie stosowaniu, w zależności od charakteru sprawy, której skarga dotyczy²⁸.

Również H. Knysiak-Molczyk stwierdza, że postępowanie skargowe nie może być konkurencyjne w stosunku do żadnej innej prawnie uregulowanej procedury, zaś w razie zbiegu przepisów pierwszeństwo mają regulacje szczególne. Jedynie w pozostałym zakresie znajdują odpowiednie zastosowanie art. 233–39 k.p.a.²⁹

Co istotne, odesłanie z art. 240 k.p.a. oznacza, że jeżeli skargę można zakwalifikować jako żądanie wszczęcia postępowania nieuregulowanego w k.p.a. lub innego rodzaju pozakodeksowy środek prawny, lub może zostać wykorzystana w postępowaniu pozakodeksowym, to jej wniesienie powinno wywierać skutki w sferze odpowiedniego postępowania; zbędne staje się prowadzenie równoległego postępowania skargowego³⁰.

Odesłanie do postępowań odrębnych przed organami organizacji społecznych dotyczy także postępowań regulowanych aktami wydawanymi przez te organizacje na podstawie ustawowego upoważnienia³¹. W tym kontekście zwrócić warto uwagę na pewną swobodę regulowania spraw związanych z załatwianiem skarg, wniosków i petycji, jaka przysługuje samorządowi radcowskiemu. Unormowanie ich rozpatrywania aktem (organu) tego samorządu jest dopuszczalne, zwłaszcza w świetle istoty samorządności zawodowej oraz celu, jakim jest piecza nad prawidłowym wykonywaniem zawodu radcy prawnego. Zgodnie z art. 60 pkt 8 lit. a ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych³² do zakresu działania Krajowej Rady Radców Prawnych należy uchwalanie regulaminów działalności samorządu i jego organów. Nie ma przeszkód, aby regulaminy te określały sposób postępowania ze skargami i wnioskami kierowanymi do samorządu radców prawnych (jego organów), przy czym regulacja względem skarg i wniosków podlegających rozpatrzeniu zgodnie z przepisami Działu VIII k.p.a. nie może zawęzać czy modyfikować procedury ustawowej (tj. określonej aktem powszechnie obowiązującym).

²⁸ J. Wegner, *Art. 221...*, s. 1079–1080.

²⁹ H. Knysiak-Molczyk, *Art. 240*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015, s. 1205.

³⁰ K. Wojciechowska, *Art. 240*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2021, s. 1505.

³¹ Zob. K. Wojciechowska, *Art. 240...*, s. 1505; B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 1205.

³² T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.

Regulacja postępowania ze skargami i wnioskami może być szczególnie pożądana dla przypadków, o których mowa w art. 240 k.p.a., wówczas bowiem przepisy regulaminowe będą mieć pierwszeństwo przed art. 233–239 k.p.a. Podobnie regulacja samorządowa będzie regulacją zupełną dla skarg i wniosków składanych w zakresie zadań samorządu radców prawnych niebędących zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej. Należy także wskazać, że sposób wykonywania przepisów dotyczących rozpatrywania skarg i wniosków może zostać zdeterminowany wytycznymi Krajowego Zjazdu Radców Prawnych, o których mowa w art. 57 pkt 3 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych³³.

Mając na uwadze wszystko powyższe, w sprawach będących wykonywaniem zadań administracji publicznej, w których organy samorządu radców prawnych nie działają jak organ administracji publicznej (nie prowadzą postępowania z założenia kończącego się decyzją administracyjną), do rozpatrywania skarg i wniosków znajdują odpowiednie zastosowanie art. 233–239 k.p.a., przy tym w takim zakresie, w jakim dane kwestie nie zostały odrębnie uregulowane w przepisach szczególnych, w tym w procedurze unormowanej przez sam samorząd radców prawnych jako organizację społeczną. W sprawach będących wykonywaniem zadań administracji publicznej, w których organy samorządu radców prawnych działają jak organ administracji publicznej, znajdują zastosowanie przepisy Działu VIII k.p.a. bezpośrednio, należy jednak zauważyć, że często-kroć stosownie do art. 233–235 k.p.a. skarga zostanie potraktowana w istocie jako pismo w sprawie administracyjnej. Przepisy Działu VIII k.p.a. implikujące zawiadomienie o sposobie załatwienia skargi bezpośrednio znajdują zastosowanie do skarg dotyczących problematyki załatwiania spraw administracyjnych przez organy samorządu radcowskiego, w których skarżący nie posiada interesu prawnego (np. na biurowe załatwianie pewnej kategorii spraw administracyjnych, np. wpisów na listę radców prawnych). W pozostałych przypadkach przepisów Działu VIII k.p.a. się nie stosuje.

Tym samym można wyróżnić cztery kategorie sytuacji:

- 1) Pierwszą, gdy skarga dotyczy materii, w której organy samorządu radców prawnych występują jako organy administracji publicznej w rozumieniu k.p.a. i wydają decyzje administracyjne (np. sprawy związane z wpisem na listę radców prawnych, jak też skreśleniem z niej), a jednocześnie dotyczy interesu prawnego skarżącego. W takim przypadku nie podlega rozpoznaniu w oparciu o przepisy Działu VIII k.p.a., lecz zgodnie z przepisami ogólnego postępowania administracyjnego (jurysdykcyjnego).
- 2) Drugą, gdy skarga dotyczy materii, w której organy samorządu radców prawnych występują jako organy administracji publicznej w rozumieniu k.p.a. i wydają decyzje administracyjne (np. sprawy związane z wpisem na listę radców prawnych, jak też skreśleniem z niej), jednak nie odnosi się do interesu prawnego skarżącego ani nie prowadzi do czynności na gruncie ogólnego postępowania administracyjnego (np. krytykowana jest biurokratyzacja tych postępowań) – wówczas zostaje rozpoznana jako skarga z Działu VIII k.p.a.
- 3) Trzecią, gdy skarga dotyczy materii, w której organy samorządu radców prawnych nie wydają decyzji administracyjnej, lecz stanowią organy organizacji społecznej

³³ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166.

wykonującej określone w art. 41 ustawy o radcach prawnych zadania publiczne (np. dotyczy niedostatecznej pieczy nad poziomem merytorycznym aplikantów). Wówczas skarga podlega rozpoznaniu przy odpowiednim stosowaniu art. 233–239 k.p.a. w zakresie, w jakim dotyczy wykonywania tego zadania publicznego, przy czym wszelkie inne przepisy szczególne – w tym samorządu zawodowego – w sprawie mają zastosowanie przed regulacją kodeksową.

- 4) Czwarta sytuacja odnosi się do przypadku, gdy skarga dotyczy materii, która dla organów samorządu radców prawnych nie stanowi wykonywania ustawowego zadania z zakresu administracji publicznej (np. skarga na brak zapewnienia przez samorząd opieki senioralnej dla podeszłych wiekiem radców prawnych; skarga na działanie członka korporacji, a nie samego samorządu radców prawnych, jego organów czy pracownika). Wówczas takie pismo nie podlega rozpatrzeniu z zastosowaniem przepisów k.p.a. – wystarczy udzielenie informacji, z uwzględnieniem stosownie do treści „skargi” odpowiednich przepisów powszechnie obowiązujących oraz przepisów ustanowionych przez odpowiednie organy samorządu radcowskiego.

Z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę dość ogólnymi pojęciami w art. 41 ustawy o radcach prawnych nie jest możliwe *a priori* jednoznaczne rozgraniczenie przypadków określonych wyżej jako trzeci i czwarty typ sytuacji. Konieczne jest zatem dokonywanie oceny odrębnie w każdym przypadku. Dla ułatwienia tego procesu wskazać można, że w art. 41 ustawy o radcach prawnych ustawodawca posłużył się klauzulą otwartą („w szczególności”). W ten sposób dopuszcza wykonywania przez samorząd radców prawnych innych zadań niż wprost określone w tym przepisie.

IV. Wnioski

Rekapitułując, samorząd radcowski ma na gruncie przepisów k.p.a. status organizacji społecznej. W rezultacie do organów tego samorządu stosuje się przepisy k.p.a. o organach tych organizacji. Przepisy k.p.a. o organie administracji publicznej odnoszą się do organów samorządu radców prawnych zaś tylko w takim zakresie, w jakim załatwiają one sprawy administracyjne w formie decyzji administracyjnej czy wydają zaświadczenia. Ustalenia te korespondują z odrębną od administracji rządowej czy terytorialnej podmiotowością samorządu radców prawnych, właściwą dla modelu zdecentralizowanego.

W odniesieniu do spraw będących wykonywaniem zadań administracji publicznej, w których organy samorządu radców prawnych nie działają jak organ administracji publicznej (nie prowadzą postępowania z założenia kończącego się decyzją administracyjną), do rozpatrywania skarg i wniosków znajdują odpowiednie zastosowanie art. 233–239 k.p.a. – w takim zakresie, w jakim dane kwestie nie zostały odrębnie uregulowane w przepisach szczególnych, w tym w procedurze unormowanej przez sam samorząd radców prawnych jako organizację społeczną. W sprawach będących wykonywaniem zadań administracji publicznej, w których organy samorządu radców prawnych działają jak organ administracji publicznej, znajdują zastosowanie przepisy Działu VIII k.p.a.

bezpośrednio, przy czym częstokroć stosownie do art. 233–235 k.p.a. skarga zostanie potraktowana w istocie jako pismo w sprawie administracyjnej. Przepisy Działu VIII k.p.a. implikujące zawiadomienie o sposobie załatwienia skargi bezpośrednio znajdą zastosowanie do skarg dotyczących problematyki załatwiania spraw administracyjnych przez organy samorządu radcowskiego, w których skarżący nie posiada interesu prawnego (np. na biurokratyczne załatwienie pewnej kategorii spraw administracyjnych, np. wpisów na listę radców prawnych). W pozostałych przypadkach przepisów Działu VIII k.p.a. się nie stosuje.

Bibliografia

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gajewski S. [w:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Petycje, skargi i wnioski. Dział VIII Kodeksu postępowania administracyjnego. Ustawa o petycjach. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Gronkiewicz A., *Organizacja społeczna w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2012.
- Jaśkowska M. [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Zakamycze 2005.
- Klonowski K., *Izba notarialna jako strona postępowania w sprawie powołania notariusza. Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22.09.2014 r., II GPS 1/14*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 5.
- Klonowski K., *Art. 5*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015.
- Knysiak-Molczyk H., *Art. 240*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015.
- Nędzarek A., *Organizacje samorządowe*, [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Zakres przedmiotowy i podmiotowy postępowania administracyjnego ogólnego. Tom II. Część 1*, red. W. Chróścielewski, Warszawa 2018.
- Tarno J.P., *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów NSA z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt II OPS 4/05*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2006, nr 1.
- Wegner J., *Art. 221*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warszawa 2019.
- Wojciechowska K., *Art. 240*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2021.
- Woś T., *Glosa do wyroku NSA z 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1989, nr 6.

Akty prawne

- Ustawa z 11 lipca 2014 r. o petycjach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 870 ze zm.).
- Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.).
- Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166).

Orzeczenia

- Wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2002 r., III RN 144/01, OSNAPU 2003, nr 15, poz. 348.

Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 kwietnia 2011 r., II FSK 2300/10.

Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22 września 2014 r., II GPS 1/14, ONSAiWSA 2015, nr 1, poz. 4.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1989, nr 6, poz. 133.

Postanowienie WSA w Warszawie z 16 stycznia 2008 r., III SA/Wa 1862/07.

Bogusław Soltys¹

Uniwersytet Wrocławski

ORCID ID: 0000-0002-8359-7732

UCZESTNICTWO W SPÓŁKACH KAPITAŁOWYCH JAKO FORMA WYKONYWANIA ZAWODU RADCY PRAWNEGO

ABSTRAKT

Artykuł przeprowadza kwalifikację prawną czynności zawodowych radcy prawnego dokonywanych na rzecz spółek kapitałowych prowadzących działalność prawniczą i ich klientów. Rozważa też argumenty za i przeciw wprowadzeniu możliwości legalnego wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych uprawnionych do świadczenia pomocy prawnej. W konkluzji autor wyraźnie opowiada się za zmianą obecnie obowiązujących zakazów reglamentacyjnych wykonywania zawodu radcy prawnego.

Słowa kluczowe: radca prawny, formy wykonywania zawodu radcy prawnego, prawnicza działalność regulowana, prawnicza działalność nieregulowana (wolna), członkostwo w spółkach kapitałowych jako forma wykonywania zawodu radcy prawnego

¹ Profesor UW r w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Handlowego WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej; autor wielu publikacji z zakresu prawa gospodarczego i handlowego, w tym artykułów i monografii poświęconych rynkowi usług prawniczych; prezes Sądu Arbitrażowego przy Dolnośląskiej Izbie Gospodarczej; radca prawny i ekspert Krajowej Rady Radców Prawnych; partner kancelarii radców prawnych IURICO z siedzibą we Wrocławiu.

1. Wprowadzenie

Jak powszechnie wiadomo, radca prawny może wykonywać swój zawód polegający na świadczeniu pomocy prawnej wyłącznie w ustawowo określonych formach organizacyjnych. Ponieważ ustawa o radcach prawnych² wśród form wykonywania zawodu nie wymienia uczestnictwa radcy prawnego w spółkach kapitałowych ani nie uznaje spółek kapitałowych za podmioty uprawnione do świadczenia pomocy prawnej, powstaje cały szereg istotnych pytań dotyczących oceny faktycznego zaangażowania radców prawnych w spółki kapitałowe, zwłaszcza spółki świadczące usługi prawne lub prowadzące prawniczą działalność gospodarczą albo działalność o podobnym charakterze, ustalenia konsekwencji prawnych podejmowania takich aktywności na gruncie ustawy o radcach prawnych oraz innych obowiązujących przepisów, a także osądu legalności zakazu wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych. Kolejna rocznica powstania samorządu radców prawnych niewątpliwie jest dobrą okazją do poruszenia tych fundamentalnych zagadnień, zarówno z punktu widzenia teraźniejszości, jak i wyzwiań przeszłości.

2. Ograniczenia swobody uczestnictwa radcy prawnego w spółkach kapitałowych

W pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że radca prawny podobnie jak każdy inny podmiot korzysta z konstytucyjnie³ i traktatowo⁴ gwarantowanych swobód, zarówno w zakresie wolności gospodarczej (przedsiębiorczości), jak i wolności wykonywania zawodu (świadczenia usług), który nie zawsze w polskim ustawodawstwie łączony jest z prowadzeniem działalności gospodarczej. Jednak na gruncie wskazanych gwarancji prawnych wszelkie wolności i swobody mogą zostać ograniczone, jeśli jest to konieczne dla zaspokojenia określonego interesu publicznego, a taka ingerencja nie jest nadmierna, tzn. nie narusza istoty danej gwarancji, nie ma charakteru dyskryminacyjnego oraz spełnia wymogi proporcjonalności (por. art. 22, 31 ust. 3 i 32 Konstytucji RP oraz art. 52, 69

² Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75), dalej: u.r.p.

³ Zob. zwłaszcza art. 22 i 65 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

⁴ Zob. zwłaszcza art. 49 i n. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r., zwany dalej traktatem lub TfUE (Dz.U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.), a także postanowienia unijnych dyrektyw: tj. dyrektywy 77/249/EWG Rady z 22 marca 1977 r., mającej na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług (Dz.U. UE L.1977.78.17 z późn. zm.), dalej: dyrektywa 77/249/EWG, dyrektywy 98/5/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 lutego 1998 r., mającej na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych (Dz.U. UE L.1998.77.36 z późn. zm.), dalej: dyrektywa 98/5/WE, dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.U. UE L.2005.255.22 z późn. zm.), dalej: dyrektywa 2005/36/WE oraz dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. UE L.2006.376.36), dalej: dyrektywa 2006/123/WE lub dyrektywa usługowa.

i 72 TfUE w zw. z dyrektywami powołanymi w przyp. 4). Rozpatrując kwestię możliwości uczestnictwa radców prawnych w spółkach kapitałowych, należy zwrócić uwagę na odróżnienie zaangażowania związanego z działalnością nieprawniczą tych spółek od aktywności dotyczącej działalności prawniczej. W pierwszym przypadku radca prawny podlega jedynie ograniczeniom o charakterze względnym. Z uwagi na posiadane uprawnienia zawodowe zakazują mu one podejmowania działalności oraz wykonywania poszczególnych zajęć kolidujących z godnością zawodu oraz zasadami tzw. deontologii zawodowej, na którą składają się zarówno unormowania prawne, jak i pozaprawne⁵, w szczególności z zakresu etyki⁶ oraz pragmatyki zawodowej⁷. Mimo że wymagają one przeważnie indywidualnego wyważenia różnych wartości, to niekiedy przepisy przesądzają wprost o dopuszczalności wykonywania przez radców prawnych określonej działalności nieprawniczej⁸. Natomiast w drugim przypadku, zakres reglamentacji jest znacznie szerszy. Obejmuje on bowiem ponadto zakaz świadczenia pomocy prawnej bez spełnienia określonych ustawowo przesłanek, zakaz wykonywania zawodu radcy prawnego w innych formach organizacyjnych niż zostały przewidziane w obowiązujących przepisach oraz zakaz prowadzenia działalności nieprawniczej przez spółki, w których na zasadzie wyłączności radca prawny może zgodnie z przepisami dokonywać czynności zawodowych (zob. art. 6, 8 oraz 23 i n. u.r.p.). Ponieważ zdefiniowane w ustawie o radcach prawnych pojęcie świadczenia pomocy prawnej ma charakter odrębny i szczególny, zarówno w stosunku do pojęcia usług prawnych w rozumieniu PKWiU⁹, jak i pojęcia działalności prawniczej w rozumieniu PKD, które w pewnym zakresie mogą być podejmowane przez każdego bez konieczności spełnienia warunków ustawowych jedynie w oparciu o gwarancje swobody świadczenia usług i wolności gospodarczej¹⁰, to należy postrzegać je przede wszystkim jako związane z prowadzeniem prawniczej działalności gospodarczej regulowanej oraz wykonywaniem prawniczej działalności zawodowej (zob. art. 7 ust. 1 pkt 4 i art. 43 u.p.p. oraz art. 43¹ k.c.¹¹). O ile więc na podstawie zasad ogólnych można przyjąć, że swoboda świadczenia usług oraz wolność gospodarcza

5 Por. P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 114 i n., P. Kardas, *Kilka uwag o funkcji i znaczeniu etycznych i deontologicznych standardów wykonywania zawodów prawniczych*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 42 i n. oraz K. Zacharzewski, *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinie prawa prywatnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 6, s. 35 i n.

6 Zob. Kodeks Etyki Radcy Prawnego, dalej KERP, <http://www.kirp.pl/>.

7 Zob. Regulamin wykonywania zawodu radcy prawnego, dalej: r.w.r.p., <http://www.kirp.pl/>.

8 Chodzi tu np. o działalność w zakresie doradztwa podatkowego, która choć częściowo pokrywa się z działalnością prawniczą, to jednak na gruncie przepisów klasyfikacyjnych stanowi od niej formalnie odrębną działalność. Por. art. 6 u.r.p. z art. 2 i 3 ustawy z 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2117), dalej: u.d.p. oraz dział 69 rozporządzenia Rady Ministrów z 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz.U. z 2007 r. nr 251, poz. 1885, dalej: PKD.

9 Zob. dział 69 rozporządzenia Rady Ministrów z 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), Dz.U. z 2015 r. poz. 1676, dalej: PKWiU.

10 Na poziomie ustawowym gwarancje takie zostały unormowane w ustawie z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162), dalej: u.p.p. oraz w ustawie z 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 994), dalej: u.d.p.z.

11 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360), dalej: k.c.

stanowią dostateczną podstawę umożliwiającą radcy prawnemu obejmowanie udziałów lub akcji oraz piastowanie funkcji w organach spółek kapitałowych, nie wyłączając spółek świadczących usługi prawne lub prowadzących prawniczą działalność gospodarczą, o tyle takich aktywności radcy prawnego oraz spółki nie można uznać za formę wykonywania zawodu i przejaw prowadzenia prawniczej działalności regulowanej w zakresie świadczenia pomocy prawnej. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów spółki kapitałowe, nawet w przypadku ich kontrolowania przez radców prawnych, nie są bowiem uprawnione do świadczenia pomocy prawnej (tj. prawniczej działalności regulowanej lub prawniczej działalności zawodowej). Dotyczy to również wykonywania usług prawnych na rzecz jakichkolwiek klientów takich spółek bezpośrednio przez radców prawnych. Na gruncie przepisów proceduralnych spółki kapitałowe świadczące usługi prawne lub prowadzące działalność prawniczą wyłącznie na podstawie gwarancji wolności gospodarczej jako podmioty nieuprawnione do świadczenia pomocy prawnej nie mogą ustanawiać pełnomocnictwa procesowego w imieniu i na rachunek obsługiwanych podmiotów (zob. art. 87 § 2 zdanie drugie k.p.c.¹²). W rozumieniu tych przepisów uprawnienie osób prawnych do prowadzenia obsługi prawnej określonych podmiotów może bowiem wynikać jedynie z przepisów odrębnych w stosunku do ustawy – Prawo przedsiębiorców (por. art. 43 ust. 1 u.p.p. i art. 87 § 2 k.p.c.). W praktyce obrotu rozróżnienie odmiennego statusu prawniczej działalności zawodowej oraz prawniczej działalności gospodarczej o charakterze regulowanym i wolnym, które funkcjonują w ramach tych samych jednostek klasyfikacyjnych usługi (PKWiU) i działalność (PKD), sprawia wiele trudności. Stanowi też przykład wadliwej legislacji, którą w znacznej części można naprawić jedynie w drodze interwencji ustawodawczej¹³.

3. Kwalifikacja prawna uczestnictwa radcy prawnego w spółkach kapitałowych z punktu widzenia dopuszczalnych form wykonywania zawodu

Skoro spółki kapitałowe nie zostały wymienione wśród form wykonywania zawodu radcy prawnego ani uprawnione do świadczenia pomocy prawnej¹⁴, mimo że władne są realizować usługi prawne i prowadzić prawniczą działalność gospodarczą o charakterze

¹² Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805), dalej: k.p.c.

¹³ Zob. B. Sołtys, *Rozdzielenie zakresów prawniczej działalności regulowanej i wolnej – de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sejmowy” 2021, nr 3, s. 127 i n.

¹⁴ O czym będzie jeszcze mowa w dalszej części rozważań, jedyne odstępstwo od wskazanej prawidłowości dotyczy spółek kapitałowych prowadzących kancelarie patentowe, a więc działalność regulowaną w zakresie pomocy w sprawach własności przemysłowej, którą przynajmniej w części wykraczającej poza pomoc techniczną można uznać za wyspecjalizowane świadczenie pomocy prawnej w określonej dziedzinie. Zob. w tej kwestii art. 4, 5 i 8 w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 944), dalej: u.r.z.p. Por. art. 6 u.r.p. oraz dział 69 PKWiU i PKD. *De delegata* wymienione odstępstwo w żadnym jednak razie nie podważa reglamentacyjnego zakazu prowadzenia prawniczej działalności regulowanej przez spółki kapitałowe w oparciu jedynie o gwarancje wolności gospodarczej, lecz potwierdza istnienie takiego zakazu.

wolnym, to istotnego znaczenia nabiera ustalenie, jakie skutki prawne ma uczestnictwo radców prawnych w takich spółkach. W szczególności, czy poszczególne przejawy zaangażowania organizacyjnego radców prawnych mogą być uznane za formę wykonywania zawodu. Biorąc pod uwagę, że ich uczestnictwo w spółkach kapitałowych jako wspólników lub akcjonariuszy może obiektywnie wiązać się z dokonywaniem na rzecz spółki osobistych świadczeń, które wchodzi w zakres pomocy prawnej (np. z tytułu tzw. świadczeń dodatkowych powiązanych z prawami udziałowymi lub z tytułu piastowania określonych funkcji), to należy zakwalifikować je do czynności zawodowych. Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.r.p. radca prawny może bowiem wykonywać zawód również na podstawie czynności cywilnoprawnych oraz pozostając w stosunku pracy. W razie świadczenia pomocy prawnej na rzecz spółki kapitałowej przez radcę prawnego uczestniczącego w jej strukturach organizacyjnych w zależności od okoliczności można więc przyjąć, że mamy wówczas do czynienia z jedną lub obiema wymienionymi wyżej formami wykonywania zawodu, w związku z dopuszczalnością ich łączenia. Za czynności zawodowe radcy prawnego, nawet gdyby stanowiły one wyraz pomocy prawnej, nie można natomiast uznać świadczenia przez niego usług prawnych na rzecz klientów spółek kapitałowych. Na gruncie ograniczeń reglamentacyjnych prawniczej działalności regulowanej i wykonywania prawniczego zawodu regulowanego do przyjęcia kwalifikacji określonego świadczenia jako czynności zawodowej nie wystarcza zatem samo jego spełnienie przez osobę legitymującą się uprawnieniami zawodowymi, lecz konieczne jest zrealizowanie go w ramach dopuszczonej przez ustawodawcę formy organizacyjnej. Świadczenie usług prawnych przez radców prawnych czy inne osoby mające uprawnienia zawodowe na rzecz klientów spółek kapitałowych nie wpływa na charakter¹⁵ działalności tych spółek. W szczególności nie powoduje przekształcenia ich prawniczej działalności wolnej w prawniczą działalność regulowaną.

Powyższe twierdzenia zachowują aktualność również w przypadku spółek kapitałowych prowadzących zgodnie z obowiązującymi przepisami kancelarie patentowe uprawnione do świadczenia prawniczej działalności regulowanej w zakresie pomocy w sprawach własności przemysłowej (zob. art. 5 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 2 ust. 1, art. 4 ust. 1 i art. 8 ust. 1 u.r.p. oraz działem 69 PKWiU i PKD). Radcowie prawni mogą być mniejszościowymi udziałowcami lub akcjonariuszami takich spółek oraz władni są piastować w nich funkcje mniejszościowych członków zarządu. Świadcząc usługi prawne na ich rzecz, wykonują swój zawód w pełnej jego kompetencyjnej rozciągłości, natomiast świadcząc usługi prawne w imieniu oznaczonych klientów kancelarii patentowej, czynności zawodowe radców prawnych są ograniczone jedynie do spraw z zakresu własności przemysłowej, a więc przedmiotu działalności spółek kapitałowych prowadzących kancelarie patentowe. Potwierdzeniem takiej prawidłowości jest art. 87 § 2 k.p.c., zgodnie z którym osoba prawna prowadząca na podstawie odrębnych przepisów obsługę prawną przedsiębiorcy, osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej może udzielić radcy prawnemu pełnomocnictwa procesowego w imieniu podmiotu, którego obsługę prowadzi, jeśli została do tego upoważniona przez ten podmiot. Poprzez

¹⁵ Zob. bliżej na ten temat B. Sołtys, *Działalność prawnicza w świetle ustawy z 6 marca 2018 r – Prawo przedsiębiorców*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 4, s. 103 i n.

czynności radców prawnych kancelarie patentowe nie nabywają uprawnień do świadczenia klientom pomocy prawnej w szerszym zakresie aniżeli sprawy związane z własnością przemysłową. Usługi prawne radców prawnych dokonywane na rzecz klientów kancelarii patentowych w sprawach wykraczających poza ten zakres należy więc traktować jako czynności niezwiązane z wykonywaniem zawodu.

4. Konsekwencje prawne naruszenia przepisów regulujących dozwolone formy wykonywania zawodu radcy prawnego

Działalność w sferze świadczenia pomocy prawnej prowadzona poza dozwolonymi formami organizacyjnymi wykonywania zawodu radcy prawnego stanowi rażące naruszenie prawa i rodzi szereg negatywnych następstw dla wszystkich uczestników obrotu. Może wiązać się bowiem z odpowiedzialnością cywilną, administracyjną, dyscyplinarną, a nawet karną. Nie chodzi tu o zakazywanie radcom prawnym oraz innym podmiotom prowadzenia nieregulowanej działalności prawniczej, którą mogą oni tak jak wszyscy podejmować na podstawie gwarancji wolności gospodarczej, ale o sankcjonowanie różnych nadużyć związanych ze świadczeniem usług prawnych z udziałem radców prawnych w przypadku naruszenia interesu publicznego oraz godnych ochrony interesów klientów. Szczególnie gdy usługi prawnicze świadczone są w taki sposób, który może podważać zaufanie publiczne, wprowadzać w błąd oraz narażać klientów na szkodę. Należy bowiem zaznaczyć, że w świetle utrwalonego orzecznictwa skutkiem naruszenia unormowań dotyczących ograniczeń reglamentacyjnych form wykonywania zawodu jest nieuznawanie dokonywanych czynności za czynności zawodowe, co w rezultacie może prowadzić niekiedy do ich nieskuteczności¹⁶. Wystąpienie takiego efektu, zwłaszcza w obszarze różnego rodzaju czynności procesowych, może prowadzić do odpowiedzialności radcy prawnego, zarówno wobec spółek kapitałowych czy innych podmiotów nieuprawnionych do świadczenia prawniczej działalności regulowanej, jak i klientów tych spółek będących beneficjentami usług wykonywanych przez radcę prawnego. W związku z naruszeniem wielu powinności zawodowych radca prawny może również w takiej sytuacji ponosić odpowiedzialność dyscyplinarną (zob. art. 64 u.r.p.). Nieuznawanie czynności radcy prawnego za świadczenie pomocy prawnej może ponadto skutkować nieobjęciem ich zakresem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (zob. art. 22⁷ u.r.p.). Wszelkie podmioty prowadzące działalność w zakresie pomocy prawnej niezgodnie z przepisami ustawy o radcach prawnych, a więc nie tylko radcowie prawni i spółki z ich udziałem, muszą liczyć się również z wykreśleniem ich z publicznych rejestrów i ewidencji (zob. art. 52 ust. 3 pkt 4 u.r.p.). Odpowiedzialność mogą ponosić także spółki kapitałowe oferujące usługi radców prawnych dokonywane poza dopuszczalnymi formami wykonywania zawodu. Nie będąc uprawnione do prowadzenia

¹⁶ Zob. np. postanowienie SN z 20 lipca 2012 r., II CZ 68/12, LEX nr 1228790, postanowienie SN z 28 lutego 2008 r., III CSK 245/07, LEX nr 475438 oraz postanowienie SA w Katowicach z 25 sierpnia 2004 r., I ACa 1485/03, LEX nr 193584.

prawniczej działalności regulowanej, wprowadzają w błąd co do charakteru swojej działalności i narażają tym samym na szkodę zarówno konkurentów, jak i klientów. Ich postępowanie może nosić znamiona czynów nieuczciwej konkurencji¹⁷, nieuczciwych praktyk rynkowych¹⁸ oraz czynów naruszających zbiorowe interesy konsumentów¹⁹.

5. Zastrzeżenia co do legalności zakazu wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych w świetle Konstytucji RP oraz prawa UE

Zakaz wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych, zarówno z punktu widzenia Konstytucji RP, jak i prawa Unii Europejskiej (UE) budzi różnego rodzaju zastrzeżenia. W tym miejscu warto jednak zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie związane z nadmiernością ograniczeń reglamentacyjnych i ich dyskryminacyjnym wymiarem. Zgodnie ze standardami państwa prawa reglamentacja gwarantowanych swobód i wolności jest dopuszczalna tylko wyjątkowo, a mianowicie wtedy, gdy jest ona konieczna dla zaspokojenia określonego interesu publicznego i jest proporcjonalna. Nie spełnia zaś tych wymogów rozwiązanie, które tylko pośrednio i nie w pełni skutecznie oddziałuje na zapewnienie należytego wykonywania zawodu radcy prawnego, które legło u podstaw jego wprowadzenia²⁰. Biorąc pod uwagę, że zawód radcy prawnego jest zawsze wykonywany w oparciu o umowy, to ograniczenia w swobodzie kształtowania ich treści oraz członkostwo w samorządzie podmiotów będących jednostkami organizacyjnymi uprawnionymi do świadczenia pomocy prawnej²¹, a nie limitacja organizacyjnoprawnych form współpracy radców prawnych, powinny odgrywać pierwszoplanową rolę w realizacji wskazanego celu publicznego. Samorząd radców prawnych sprawujący nadzór publiczny nad należyтым wykonywaniem zawodu radcy prawnego, a także sądy nie przywiązują zresztą dostatecznej uwagi różnym nadużyciom dotyczącym form wykonywania zawodu. Wymowną ilustracją takiego stanu rzeczy jest nie tylko skąpe orzecznictwo oraz w zasadzie brak statystyki w zwalczaniu takich

17 Zob. ustawę z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233), dalej: u.z.n.k.

18 Zob. ustawę z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwych praktyk rynkowych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070), dalej: u.p.n.p.r.

19 Zob. ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275), dalej: u.o.k.i.k.

20 Zob. bliżej na ten temat B. Sołtys, *Niekonstytucyjność art. 8 ustawy o radcach prawnych*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 1, s. 9 i n. oraz powołaną tam literaturę i orzecznictwo.

21 Przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji RP ani inne jej przepisy nie sprzeciwiają się rozciągnięciu członkostwa w samorządzie zawodu zaufania publicznego na jednostki organizacyjne uprawnione do świadczenia pomocy prawnej i kontrolowane przez radców prawnych. Wskazane rozwiązanie jest niezbędne dla zapewnienia efektywności sprawowanego przez samorząd radców prawnych nadzoru publicznego nad działalnością takich jednostek. Zob. bliżej na ten temat B. Sołtys, *Zagadnienie członkostwa jednostek organizacyjnych w samorządzie zawodowym radców prawnych*, [w:] *Przeszłość – Teraźniejszość – Przyszłość Samorządu Radców Prawnych*, red. T. Scheffler i in., Warszawa 2022, s. 313 i n.

nadużyć, ale również nieujawnianie formy wykonywania zawodu radcy prawnego w wyszukiwarkach udostępnianych przez samorząd. Nieskuteczność regulacji prawnej oraz możliwość realizacji interesu publicznego przy zastosowaniu mniej restrykcyjnych środków obiektywnie wskazują na niespełnienie przesłanek niezbędności i proporcjonalności reglamentacji. Mogą więc świadczyć zarówno o sprzeczności z Konstytucją RP, jak i naruszeniu prawa UE, a w szczególności dyrektywy 2006/123/WE, która ma na celu ochronę swobody świadczenia usług między innymi przed ograniczeniami dotyczącymi zakazu tworzenia na terytorium państwa członkowskiego UE określonej formy prawnej dla prowadzenia działalności usługowej.

Zakaz wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych wydaje się mieć również charakter dyskryminacyjny. Bez odpowiednio relevantnych²² podstaw różnicuje bowiem sytuację prawną radców prawnych i rzeczników patentowych, a więc osoby uprawnione do świadczenia usług prawnych i prowadzenia regulowanej działalności prawniczej w ramach jednych i tych samych jednostek klasyfikacyjnych PKWiU i PKD oraz w obrębie kategorii zawodów zaufania publicznego. Jak wynika z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP, dyskryminacja może mieć miejsce między innymi w życiu gospodarczym i może być spowodowana jakąkolwiek przyczyną, a więc również dotyczącą formy organizacyjnej świadczenia usług i prowadzenia działalności w określonej dziedzinie (por. art. 16 ust. 2 pkt c dyrektywy usługowej). Zgodnie z obowiązującymi przepisami rzecznicy patentowi mogą wykonywać zawód w kontrolowanej przez siebie kancelarii nawet wówczas, gdy jest ona tworzona przez spółki kapitałowe, radcowie prawni natomiast nie mają takiej możliwości. Rozwiązanie to wpływa negatywnie na konkurencyjność działających na tym samym rynku kancelarii prowadzonych przez radców prawnych, w tym również z udziałem rzeczników patentowych. Kancelarie prawne w formie spółek kapitałowych mogą być ponadto tworzone przez wszystkie inne podmioty w oparciu o gwarancje prawne wolności gospodarczej. Wprawdzie kancelarie te przeznaczone są jedynie do prowadzenia ograniczonej zakresowo nieregulowanej działalności prawniczej, jednak z uwagi na wyróżnianie jej za pomocą klasyfikatorów PKWiU i PKD tożsamy z prawniczą działalnością regulowaną w praktyce nierzadko stają się one narzędziem nieuczciwej konkurencji, a nierzadko również celowego wprowadzania klientów w błąd. Zakaz wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych ma dyskryminujący charakter także w stosunku do podmiotów prowadzących regulowaną działalność prawniczą w państwach członkowskich UE i Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), w których forma organizacyjna spółek kapitałowych jest dopuszczalna dla wykonywania zawodów prawniczych takich jak radca prawny czy adwokat. Dotyczy to w szczególności takich krajów jak np. Niemcy, Francja, Austria, Czechy, Słowacja, Włochy, Słowenia, Chorwacja czy Węgry²³. W oparciu o traktatowe gwarancje swobody świadczenia

²² Na temat konstytucyjnych podstaw wyznaczania podmiotów należących do tej samej grupy zob. W. Borysiak, L. Bosek, *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucja RP. T. 1, Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Nb 103 i n.

²³ Zob. bliżej na ten temat B. Sołtys, *Formy organizacyjnoprawne świadczenia usług prawniczych i ich ograniczenia w prawie polskim*, „Prace Naukowe WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego”, Seria: e-Monografie, nr 100, Wrocław 2017, s. 193 i n. oraz powołaną tam literaturę.

usług zagraniczne spółki kapitałowe, w przeciwieństwie do spółek krajowych, mogą więc prowadzić prawniczą działalność regulowaną na terytorium Polski.

6. Za i przeciw utrzymywaniu zakazu wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych

Za utrzymywaniem obowiązującego zakazu podnosi się zwykle dwa argumenty, które były też motywem wprowadzenia tej formy reglamentacji wykonywania zawodu radcy prawnego na grunt ustawy o radcach prawnych. Chodzi mianowicie o wzgląd na osobistą naturę świadczenia pomocy prawnej oraz zapewnienie nieograniczonej odpowiedzialności radcy prawnego w związku z obiektywną potrzebą ochrony jej odbiorców. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, to należy zauważyć, że poza regulacją stosunku zatrudnienia²⁴ żaden przepis ustawowy nie nakłada obowiązku osobistego wykonywania zawodu radcy prawnego, a pracownicza forma dokonywania czynności zawodowych od dawna przestała dominować. Poza tym nawet w reżimie pracowniczym dopuszcza się zastępstwo substytucyjne radcy prawnego przy dokonywaniu czynności procesowych w imieniu pracodawcy. Można więc stwierdzić, że wzgląd na osobiste świadczenie pomocy prawnej, choć nadal odgrywa pewną rolę indywidualizującą i promocyjną, odstaje od realiów współczesnego rynku usług prawnych i obiektywnie nie może on być wykorzystywany jako uzasadniony powód utrzymywania zakazu reglamentacyjnego. Jeśli chodzi natomiast o kwestię nieograniczonej odpowiedzialności, to należy zauważyć, że również ta cecha nie ma charakteru definiującego świadczenie pomocy prawnej. Radcowie prawni wykonujący zawód w zatrudnieniu pracowniczym ponoszą bowiem odpowiedzialność odszkodowawczą tylko do wysokości trzykrotności wynagrodzenia oraz nie odpowiadają za szkody wynikające z dopuszczalnego ryzyka (zob. art. 117 § 2 i 119 k.p.²⁵), a wykonujący zawód w formie czynności cywilnoprawnych mogą co do zasady umownie ograniczyć swoją odpowiedzialność, z wyjątkiem nieuzgodnionych indywidualnie czynności dokonywanych z konsumentami (zob. art. 385³ pkt 2 k.c.) oraz przypadków dopuszczenia się umyślnego przewinienia (zob. art. 473 § 2 k.c.; por. art. 122 k.p.). Przy ocenie kwestii charakteru odpowiedzialności nie można również pomijać, że radca prawny wykonujący zawód w spółkach osobowych odpowiada za zobowiązania spółki jedynie w sposób subsydiarny i choć umownie nie może ograniczyć tej odpowiedzialności ze skutkiem wobec osób trzecich, to w sposób faktyczny władny jest ją nawet ubezskutecznić. Mimo że w spółkach kapitałowych wspólnicy i akcjonariusze nie ponoszą odpowiedzialności subsydiarnej, to jednak, świadcząc pomoc prawną w ramach

²⁴ Osobiste wykonywanie czynności jest podstawową cechą stosunku pracy, ale już nie stosunków cywilnoprawnych. Zamiast wielu zob. np. komentarz do art. 22 Kodeksu pracy K. Walczak, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, K. Walczak, Warszawa 2021, Legalis NB 3 i n., a także: wyrok SN z 4 lutego 2021 r., II USKP 12/21, LEX nr 3117753; wyrok z 23 stycznia 2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045; postanowienie SN z 18 listopada 2020 r., III UK 427/19, LEX 3080654.

²⁵ Ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320), dalej k.p.

struktur tych spółek, zawsze mogą w stosunku do jej beneficjentów odpowiadać w sposób nieograniczony z tytułu czynów niedozwolonych. Mając zatem na uwadze, że nieograniczona odpowiedzialność radcy prawnego nie stanowi immanentnej cechy świadczenia pomocy prawnej i kształtuje się różnie w zależności od formy wykonywania zawodu i konkretnej podstawy dokonywania czynności zawodowej, brak ponoszenia takiej odpowiedzialności przez wspólników i akcjonariuszy spółek kapitałowych obiektywnie nie może być traktowany jako uzasadniony powód utrzymywania dyskusowanego zakazu reglamentacyjnego²⁶.

Za przyjęciem dopuszczalności wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych przemawia ponadto szereg innych ważkich argumentów. Należy do nich niewątpliwie obiektywna potrzeba objęcia nadzorem publicznym samorządu radców prawnych wszystkich jednostek organizacyjnych prowadzących prawniczą działalność regulowaną w sferze świadczenia usług prawnych. Obecnie bowiem wskutek wcześniejszych zaniechań legislacyjnych samorząd radcowski faktycznie nie sprawuje nadzoru względem takich jednostek nawet wówczas, gdy są one bezpośrednio lub pośrednio kontrolowane przez radców prawnych. Prowadzi to do różnych nadużyć związanych z naruszeniem ustawy o radcach prawnych. Spółki kapitałowe uprawnione do świadczenia pomocy prawnej mogłyby stać się atrakcyjną formą połączenia kapitału prawniczego (zawodowego) i nieprawniczego (niezawodowego), która stanowiłaby uzupełnienie dotychczas istniejących możliwości ich łączenia przy wykorzystaniu spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych. W odróżnieniu jednak od spółek osobowych możliwość zaangażowania inwestycyjnego, jaką stwarzają spółki kapitałowe, dawałaby szansę sprostania wyzwaniom współczesności na regulowanym rynku działalności prawniczej, w szczególności związanym z wykorzystaniem nowoczesnych technologii czy w ogóle podejmowaniem się spraw wymagających współfinansowania i odpowiedniej organizacji. Bezrefleksyjne trwanie przy pierwotnych założeniach reglamentacyjnych dotyczących form wykonywania zawodu radcy prawnego z dzisiejszej perspektywy jest nie tylko nieadekwatne do realiów rynkowych, ale wręcz szkodliwe. Często w wyniku nieuczciwych praktyk rynkowych, a nierzadko także przy współudziale członków samorządu radców prawnych, doprowadziło jedynie do przyspieszonego i niekontrolowanego rozwoju nieregulowanego rynku usług prawniczych. Dopuszczenie wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych należy więc też postrzegać jako okazję do uporządkowania tej problematyki oraz wyraźniejszego rozdzielenia prawniczej działalności regulowanej i prawniczej działalności nieregulowanej, prowadzonej jedynie w oparciu o gwarancje swobody świadczenia usług i wolności gospodarczej.

²⁶ Na marginesie należy dodać, że gdyby nieograniczona odpowiedzialność osobista radcy prawnego miały być wyznacznikiem dopuszczalności świadczenia przez niego pomocy prawnej, to obowiązek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej byłby zbędny. Jednak paradoksalnie to właśnie istniejące zróżnicowanie reguł odpowiedzialności radców prawnych oraz kwestie wizerunkowe ostatecznie zadecydowały o wprowadzeniu takiego obowiązku. Warto również zauważyć, że obowiązek ubezpieczeniowy radców prawnych ma charakter ujednolicony, a jego zakres oraz warunki nie są związane z oceną indywidualnego ryzyka ubezpieczeniowego ani ryzyka przypisanego do danej formy wykonywania zawodu.

7. Wnioski

Wprowadzenie możliwości wykonywania zawodu radcy prawnego w formie uczestnictwa w spółkach kapitałowych uprawnionych do świadczenia pomocy prawnej to przede wszystkim kwestia przywrócenia praworządności w związku z zarzutami naruszenia prawa UE i niekonstytucyjności art. 8 ustawy o radcach prawnych. Unormowania zawarte w tym przepisie jak dotychczas nie podlegały jeszcze weryfikacji orzeczniczej, zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Trybunału Konstytucyjnego. Jednak należy mieć świadomość, że były one tworzone w zupełnie innych realiach prawno-rynkowych, jeszcze przed wejściem w życie dyrektywy usługowej oraz Konstytucji RP, i obecnie nie przystają one ani do unijnych, ani do konstytucyjnych standardów regulacyjnych. Poza tą płaszczyzną ich oceny istnieje jednak wiele różnych argumentów przemawiających z jednej strony za egzekwowaniem przez samorząd zawodowy radców prawnych nadużyć związanych z prowadzeniem regulowanej działalności prawniczej z naruszeniem prawa, z drugiej zaś strony za niezwłocznym podjęciem stosownych prac legislacyjnych.

Bibliografia

Literatura

- Borysiak W., Bosek L., *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucja RP. T. 1, Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Kardas P., *Kilka uwag o funkcji i znaczeniu etycznych i deontologicznych standardów wykonywania zawodów prawniczych*, „Palestra” 2014, nr 1–2.
- Sołtys B., *Działalność prawnicza w świetle ustawy z 6 marca 2018 r – Prawo przedsiębiorców*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 4.
- Sołtys B., *Formy organizacyjnoprawne świadczenia usług prawniczych i ich ograniczenia w prawie polskim*, „Prace Naukowe WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego”, Seria: e-Monografie, nr 100, Wrocław 2017.
- Sołtys B., *Niekonstytucyjność art. 8 ustawy o radcach prawnych*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 1.
- Sołtys B., *Rozdzielenie zakresów prawniczej działalności regulowanej i wolnej – de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sejmowy” 2021, nr 3.
- Sołtys B., *Zagadnienie członkostwa jednostek organizacyjnych w samorządzie zawodowym radców prawnych*, [w:] *Przeszłość – Teraźniejszość – Przyszłość Samorządu Radców Prawnych*, red. T. Scheffler i in., Warszawa 2022.
- Skuczyński P., *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Walczak K. [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, K. Walczak, Warszawa 2021, Legalis.
- Zacharzewski K., *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinie prawa prywatnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 6.

Akty prawne

- Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.U. UE L.2005.255.22 z późn. zm.).
- Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. UE L.2006.376.36).
- Dyrektywa 77/249/EWG Rady z 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług (Dz.U. UE L.1977.78.17 z późn. zm.).
- Dyrektywa 98/5/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 lutego 1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych (Dz.U. UE L.1998.77.36 z późn. zm.).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz.U. z 2007 r. nr 251, poz. 1885.

- Rozporządzenie Rady Ministrów z 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), Dz.U. z 2015 r. poz. 1676.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.).
- Ustawa z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 944).
- Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233).
- Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275).
- Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805).
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360).
- Ustawa z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwych praktyk rynkowych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070).
- Ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166).
- Ustawa z 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 994).
- Ustawa z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162).
- Ustawy z 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2117).

Orzeczenia

- Postanowienie SN z 18 listopada 2020 r., III UK 427/19, LEX 3080654.
- Postanowienie SN z 20 lipca 2012 r., II CZ 68/12, LEX nr 1228790.
- Postanowienie SN z 28 lutego 2008 r., III CSK 245/07, LEX nr 475438.
- Wyrok SN z 23 stycznia 2020 r., II PK 228/18, LEX nr 3107045.
- Wyrok SN z 4 lutego 2021 r., II USKP 12/21, LEX nr 3117753.
- Postanowienie SA w Katowicach z 25 sierpnia 2004 r., I ACa 1485/03, LEX nr 193584.

Sławomir W. Ciupa¹

ZMIANA ZAWODU LUB FORMY JEGO WYKONYWANIA Z PERSPEKTYWY ETYKI ZAWODOWEJ RADCÓW PRAWNYCH

ABSTRAKT

Artykuł porusza zagadnienia związane z mobilnością zawodową radcy prawnego w świetle Kodeksu Etyki Radcy Prawnego. Autor omawia zmianę zawodu lub formy jego wykonywania w aspekcie przejścia z sektora publicznego do prywatnego, z sektora prywatnego do publicznego i w ramach sektora prywatnego. Porusza również zmianę formy wykonywania zawodu lub zmiany podmiotu, w którym zawód jest wykonywany. Zjawiska te, choć w części unormowane prawnie, uykają regulacji etycznej. Kodeks obejmuje je tylko w wąskim zakresie (tajemnica zawodowa i konflikt interesów). Czy można to oraz pośrednie zastosowanie kilku innych zasad etyki zawodowej (niezależność, godność zawodu, lojalność i zaufanie) uznać za odpowiednie? Autor analizuje, czy zastosowanie powyższych zasad etyki jest wystarczające z punktu widzenia zabezpieczenia przed nieetycznym korzystaniem z relacji lub sieci kontaktów z zawodowej przeszłości, a także unikania z tym związanego ograniczenia niezależności, konfliktów interesów, naruszenia tajemnicy zawodowej lub lojalności.

Słowa kluczowe: mobilność zawodowa, zmiana zawodu, przejście z sektora publicznego do prywatnego, przejście z sektora prywatnego do publicznego oraz w ramach sektora prywatnego, zmiana formy wykonywania zawodu, zmiana podmiotu, w którym zawód jest wykonywany, zasady etyki zawodowej

¹ Radca prawny, ekspert Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, członek Komisji Wykonywania Zawodu OIRP w Warszawie, były sędzia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, prowadzi zajęcia na aplikacji radcowskiej OIRP w Warszawie, zajmuje się prawem regulacyjnym, samorządowym, zawodowym i etyką zawodową prawniczych zawodów regulowanych.

1. Wprowadzenie

Mobilność zawodowa to zjawisko społecznie i gospodarczo pożądane. Przepływ osób pomiędzy różnymi zawodami prawniczymi (sędziego, prokuratora, notariusza, komornika, adwokata, radcy prawnego, radcy Prokuraturii Generalnej – „prawnicy”) wpływa korzystnie na możliwości zdobywania i stosowania różnych kwalifikacji, uprawnień, kompetencji i doświadczeń zawodowych w różnych zawodach. Dotyczy to także zmian form wykonywania zawodu pozytywnie przyczyniających się do utrzymania i rozwoju praktyki zawodowej. Korzyści z tego osiągają: wymiar sprawiedliwości, społeczeństwo, gospodarka i sami zainteresowani.

Przechodząc, nieraz kilkukrotnie w życiu zawodowym, z jednego do innego zawodu prawniczego, prawnicy nie tylko go zmieniają. Ze względu na to, że może to być przejście z sektora publicznego do prywatnego albo odwrotnie lub zmiana w ramach sektora prywatnego, muszą być też świadomi pewnych ograniczeń etycznych z tym związanych („zmiana zawodu”). Chodzi tutaj o zasady postępowania prawnika, który po zmianie zawodu napotyka na osoby oraz łączące się z nimi sieci relacji lub kontaktów, instytucje i powiązane z nimi pełnione uprzednio funkcje zawodowe, informacje, sprawy, rezultaty/efekty czy skutki lub inne „ślady” ze swej zawodowej przeszłości.

Z kolei zmiana stosunku pracy na zlecenie lub odwrotnie, zmiana zatrudnienia na kancelarię/spółkę lub odwrotnie, nabycie/zbycie przedsiębiorstwa kancelarii/spółki wyznaczają obszar, w którego ramach może dokonywać się zmiana formy wykonywania zawodu („zmiana formy zawodu”). Zmiana formy zawodu może być też połączona ze zmianą podmiotu rozumianą jako zmiana jednostki/struktury organizacyjnej, w której zawód jest wykonywany, lub jej składu osobowego, np. przejście do innej jednostki organizacyjnej – „zmiana podmiotowa”. Wywołuje to etyczne implikacje sprowadzające się do pytania, jak ma postępować radca prawny w tej sytuacji w stosunku do swoich klientów oraz kolegów, szczególnie w związku z dotychczas prowadzonymi sprawami.

W opozycji do regulacji prawnych² zjawiska powyższe umykały dotychczas adresowanej wprost do nich regulacji etycznej. Rzadko były również przedmiotem zainteresowania piśmiennictwa³. Kodeks Etyki Radcy Prawnego („KERP”)⁴ nie reguluje wprost zasad postępowania przy zmianie zawodu lub zmianie formy zawodu (w tym zmianie

2 Niniejszy artykuł nie zajmuje się analizą zjawiska zawodowego przepływu osób z perspektywy przepisów prawa regulujących wykonywanie poszczególnych zawodów prawniczych, w tym pełniących funkcje publiczne, gdyż wykracza to poza jego ramy tematyczne. W szczególności ograniczenia w tym zakresie mogą wynikać np. z: ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1166 – dalej „u.r.p.”); ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne; k.p.a.; k.p.c.; k.p.k.

3 Patrz: R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004; K. Mikołajczyk-Gaj, *Revolving door. Etyczne aspekty zmiany wykonywanego zawodu prawniczego*, [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy* 3, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2013, s. 104–113; S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę (revolving door)*, O etyce w praktyce. Blog dla prawników, oetycewpratyce.pl z 17 marca 2021 r. <https://oetycewpratyce.pl/przejscie-na-druga-strone-revolving-door/>, dostęp: 28.02.2022 r.

4 Kodeks Etyki Radcy Prawnego (załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r.).

podmiotowej). Nawet jeżeli niektóre z kodeksowych zasad (szczególnie niezależności, tajemnicy zawodowej, konfliktu interesów, godności zawodu, lojalności i zaufania) ze względu na zakres ich zastosowania mogą obejmować wskazane wyżej przypadki, to zakres ich normowania (nakazane lub zakazane zachowania) był i jest w praktyce oraz w kontekście mobilności zawodowej zagadnieniem mało zbadanym. Wszystko to powoduje, że zjawiska powyższe powinny stać się przedmiotem zainteresowania etyki zawodowej.

2. Zmiana zawodu – przejście z sektora publicznego do prywatnego

Zmiana zawodu polegająca na przejściu prawnika z sektora publicznego (sędziego, prokuratora, notariusza, komornika, radcy Prokuratorii Generalnej – jako osób pełniących funkcję publiczną – art. 115 § 13 i 19 k.k.) do prywatnego w celu wykonywania zawodu radcy prawnego podlega w wąskim zakresie regulacji KERP.

KERP uwzględnia w powyższym zakresie kontekst mobilności zawodowej przy normowaniu konfliktu interesów. Radca prawny nie może udzielić pomocy prawnej, jeżeli brał udział w sprawie jako przedstawiciel organów władzy publicznej lub osoba pełniąca funkcję publiczną (art. 27 pkt 1 KERP). To generalny i bezwarunkowy zakaz udzielania pomocy prawnej zarówno w przypadku potencjalnego lub realnego konfliktu interesów. Regulacja ta – mimo nieprecyzyjnej redakcji⁵ – odnosi się m.in. do sędziów, prokuratorów, notariuszy, komorników, którzy przeszli do zawodu radcy prawnego (sektor prywatny), jako tzw. funkcjonariuszy publicznych (art. 115 § 13 k.k.). Przez wyrażenie „brał udział w sprawie” należy rozumieć wyrobienie sobie stosunku do sprawy poprzez udział w niej, tj. uczestnictwo merytoryczne (przygotowanie, rozstrzygnięcie), formalne (nadzór, kontrola), a nawet organizacyjne lub materialno-techniczne, jeżeli tylko była możliwość zapoznania się ze sprawą⁶. Czy jednak rozpoczęcie wykonywania zawodu radcy prawnego w wieloosobowej strukturze organizacyjnej przez prawnika wymienionego w art. 27 pkt 1 KERP może spowodować konflikt interesów u wszystkich innych uczestników tej struktury dotyczący jej klienta, którego interesy pozostają w konflikcie z radcą prawnym związanym z prawnikiem przystępującym do struktury? Nie jest to wykluczone, ale konflikt taki nie powstanie automatycznie⁷. Omawiany przypadek

⁵ „Wykonywanie funkcji publicznej” jest równoznaczne z „pełnieniem funkcji publicznej” i koresponduje z definicją legalną z art. 115 § 13 i § 19 k.k. Wyrażenie „organy władzy publicznej” winno być rozumiane jako organy dysponujące z mocy ustawy kompetencjami władczymi (ustawodawczymi, sądowniczymi lub wykonawczymi), będące organami państwa lub samorządu terytorialnego względnie samorządów bądź organizacji obywatelskich, lub związków wyznaniowych – jeżeli ustawa przekazuje im takie kompetencje (patrz art. 7 Konstytucji RP) – jest jednak niedookreślone i częściowo pokrywa się z „pełnieniem funkcji publicznej” – w efekcie może rodzić problemy interpretacyjne. Patrz K. Mikołajczyk-Gaj, *Revolving door...*, s. 108; S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

⁶ Patrz: S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

⁷ Brak tu stosownej regulacji z wyjątkiem wykonywania czynności zawodowych za granicą lub kontaktów z prawnikami w krajach członkowskich Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) – gdyż stosuje się CCBE (art. 2 KERP).

wymaga dokonania indywidualnej oceny w świetle art. 26–27 KERP. Należy wziąć pod uwagę wyrobienie sobie poglądu w sprawie klienta na podstawie pełnionej w przeszłości funkcji publicznej, uzyskanej o sprawie wiedzy, w oparciu o uprzednie relacje i sieci kontaktów. Dodatkowo zaś ocenić wpływ na zachowanie obowiązku niezależności, tajemnicy zawodowej, lojalności wobec klienta – wynikającego z wiążących uprzednio i aktualnie prawnika regulacji etycznych także po zaprzestaniu wykonywania poprzedniego zawodu (art. 8 i 10 KERP).

Nie mniej kłopotliwym багаżem przy zmianie zawodu mogą być relacje i sieci kontaktów z zawodowej przeszłości. Ich wpływ na wykonywanie nowego zawodu należy ocenić z perspektywy zachowania niezależności i unikania konfliktu interesów. Kontynuowanie relacji i kontaktów z zawodowej przeszłości nie jest zakazane, o ile nie szkodzi zachowaniu autonomii przy wykonywaniu czynności zawodowych. Radca prawny przy wykonywaniu czynności zawodowych musi być bowiem wolny od wszelkich przeszłych: wpływów wynikających z jego osobistych interesów, nacisków z zewnątrz oraz ingerencji z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu, poleceń, sugestii, wskazówek (art. 7 KERP). Nie może też spełniać oczekiwań osób trzecich, naruszając zasady etyki zawodowej (np. działania pod dyktando lub faworyzowanie osób trzecich). Nie oznacza to obowiązku całkowitego zerwania z poprzednim środowiskiem zawodowym. Byłby to wymóg absurdalny, niezasadny i nieproporcjonalny. Tego rodzaju personalne zależności mogą też być powiązane z konfliktem interesów (art. 10 KERP). Chodzi zwłaszcza o stosunki bliskości lub inne stosunki (np. gospodarcze, finansowe) mogące oddziaływać na prowadzenie sprawy (art. 27 pkt 5 KERP) lub na jej wynik (art. 15 u.r.p.). Należy więc kierować się przy udzielaniu pomocy prawnej prawem, własnym osądem i racjami merytorycznymi oraz dobrem i interesem klienta z pominięciem w tym zakresie jakichkolwiek odniesień do poprzedniego środowiska zawodowego. Niezależność to jednak nie brak stronnictwa i interesowności charakterystycznych dla obowiązków władzy publicznej – przeciwnie dawny funkcjonariusz publiczny, a obecnie radca prawny nie jest już bezstronny, gdyż działa w interesie klienta.

Ze względu na pełnioną uprzednio przez radcę prawnego funkcję publiczną szczególnego znaczenia nabierają jego aktualne stosunki z sądami i innymi organami władzy publicznej. Radca prawny nie może publicznie okazywać swojego osobistego stosunku do pracowników wymiaru sprawiedliwości, organów lub innych instytucji, przed którymi występuje (art. 49 KERP). Zachowywanie zdrowego zawodowego dystansu wobec osób z poprzedniego środowiska zawodowego przy wykonywaniu czynności zawodowych lub w sytuacjach publicznych wiąże się z przestrzeganiem podwyższonych standardów kultury zawodowej wobec takich osób, tzn. nie tylko utrzymanie atmosfery porządku, powagi, spokoju, ale także okazywanie szacunku, brak protekcjonalizmu czy lekceważenia oraz kultura wypowiedzi (profesjonalizm, rzeczowość, umiar, takt i powściągliwość, zakaz nieuzasadnionej krytyki lub innych negatywnych wypowiedzi, nawet w reakcji na niezgodne z prawem lub niedopuszczalne zachowania takich osób – art. 39 KERP). Z drugiej strony obowiązuje zakaz powoływania się na znajomości lub inne wpływy u osób z poprzedniego środowiska zawodowego poprzez okazywanie publicznej zażyłości lub konfidencyjności w kontaktach oraz powstrzymanie się z zachowaniami lub gestami, które mogłyby być odebrane na zewnątrz jako familiarne lub

wskazywać na koneksje (art. 49 KERP)⁸. Ważne jest również dbanie o godność zawodu w relacjach z instytucjami lub osobami z zawodowej przeszłości (art. 11 ust. 1 i 2 KERP).

Zmiana zawodu oddziałuje także na informowanie o wykonywaniu zawodu i pozyskiwanie klientów (art. 31–33 KERP). Zgodnie z art. 31 ust. 3 pkt 3 KERP dopuszczalne jest informowanie o życiorysie zawodowym, pełnionych funkcjach i zajmowanych stanowiskach, uzyskanych doświadczeniach i umiejętnościach zawodowych, co może dotyczyć zawodowej przeszłości. W komunikacji takich informacji należy jednak zachowywać dużą ostrożność oraz unikać zbytnej szczegółowości i przesady w „samochwalstwie” zawodowej przeszłości. Ze względu na swoją treść, formę, miejsce, sposób lub kontekst rozpowszechniania informacje z publicznej przeszłości nie mogą wprowadzać w błąd (art. 32 pkt 1 KERP), lub co najmniej sugerować, że występują jakieś związki z uprzednio wykonywanym zawodem lub że mogą one być wykorzystane w interesie klienta (tzw. powoływanie się na wpływy lub inne związki – art. 32 pkt 3 KERP) czy wpłynąć na większą skuteczność w wykonywaniu czynności zawodowych, w tym składanie w tym zakresie nierzetelnych gwarancji lub obietnic. O ile takie zachowanie steruje w efekcie zachowaniem klienta w sposób pożądaný przez radcę prawnego, ale niekoniecznie dla klienta korzystny – stanowi przejaw ograniczania klientowi swobody wyboru (art. 32 pkt 3 KERP). Z kolei pozyskiwanie klientów z wykorzystaniem starych „instytucjonalnych” relacji lub sieci kontaktów może okazać się sprzeczne z dobrymi obyczajami jako zakłócające zasady uczciwej koleżeńskiej konkurencji (art. 33 ust. 2 KERP), lub być niełojalne wobec kolegów (art. 50 ust. 1 KERP).

3. Zmiana zawodu – przejście z sektora prywatnego do publicznego oraz w ramach sektora prywatnego

Zmiana zawodu polegająca na przejściu radcy prawnego z sektora prywatnego do sektora publicznego (sędzia, prokurator, notariusz, komornik, radca Prokuraturii Generalnej) oraz w ramach sektora prywatnego (z adwokata na radcę prawnego lub odwrotnie⁹) pozostaje, z pewnym wyjątkiem, poza sferą regulacji KERP. Wspomniany wyjątek dotyczy obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, który nie ustaje w czasie mimo zaprzestania wykonywania zawodu radcy prawnego (art. 17 KERP). Oznacza to, że obowiązek powyższy ma zastosowanie po ww. przejściu w takim samym stopniu i zakresie jak podczas wykonywania zawodu radcy prawnego. Objęte nim informacje nie mogą zatem być ujawnione ani wykorzystywane we własnym lub cudzym interesie w związku i w czasie wykonywania nowego zawodu¹⁰. Regulacja etyczna chroni więc tylko w sposób ogólny i bez kontekstu zawodowej mobilności nieuprawnione wykorzystywanie tajemnicy zawodowej w nowym zawodzie.

⁸ Patrz: S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

⁹ W przypadku przejścia adwokata do zawodu radcy prawnego adwokat nie może wykonywać poprzedniego zawodu, ale pozostając wpisanym na listę adwokatów, podlega zarówno zasadom etyki radcowskiej, jak i adwokackiej (tzw. podwójna deontologia zawodowa).

¹⁰ S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

4. Zmiana formy wykonywania zawodu i zmiana podmiotowa

Zmiana formy wykonywania następuje bez zmiany podmiotowej lub z nią. Samo tylko przekształcenie formy prawnej spółki (np. spółki osobowej w inną spółkę osobową) lub jednostki organizacyjnej, zmiana podstawy prawnej zatrudnienia radcy prawnego w ramach tej samej jednostki organizacyjnej nie powoduje zmiany podmiotowej. Jednostka taka kontynuuje swoją działalność w nowej formie, ale w takim samym składzie osobowym. Zmiana podmiotowa występuje natomiast w przypadku przekształcenia kancelarii w spółkę osobową, zbycia/nabycia przedsiębiorstwa kancelarii/spółki, przejścia radcy prawnego z dotychczasowej jednostki organizacyjnej do innej jednostki organizacyjnej (zmiana jednostki organizacyjnej). Z etycznego punktu widzenia istotne jest, czy i w jaki sposób zmiana formy wykonywania zawodu lub zmiana podmiotowa mają wpływ na osoby wspólnie wykonujące zawód lub współpracujące przy jego wykonywaniu („skład osobowy”). Szczególnie chodzi tu o wpływ składu osobowego na portfel klientów po zmianie.

W razie zmiany formy wykonywania zawodu, szczególnie związanej ze zmianą podmiotową, radca prawny powinien rozważyć kwestię konfliktu interesów ze względu na uprzednio pełnioną funkcję publiczną, zmiany portfela klientów i składu osobowego.

W przypadku przejścia radcy prawnego z sektora publicznego do prywatnego uprzednio pełniona przez niego funkcja publiczna (jako pracownika administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, lub zatrudnionego w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi – art. 115 § 13 i 19 k.k.) może generować przy zmianie formy wykonywania zawodu (w tym związanej ze zmianą podmiotową) powstanie konfliktu interesów (art. 27 pkt 1 KERP – patrz w tym zakresie pkt 2 powyżej).

Zmiany w portfelu klientów mogą prowadzić do konfliktu interesów z uwagi na potencjalne zagrożenie lub realne naruszenie tajemnicy zawodowej oraz wiedzę posiadaną w sprawach byłego klienta, która dawałaby nieuzasadnioną przewagę innemu klientowi (art. 26 ust. 1 KERP). Chodzi tu o wykorzystywanie informacji uzyskanych od klienta w związku z wykonywaniem zawodu w poprzedniej/nowej strukturze dla korzyści nowego/starego klienta, w sposób zagrażający lub naruszający interesy jednego z takich klientów. Nie można również dopuścić do sytuacji, w której ten sam radca prawny lub dwóch różnych radców prawnych z tej samej struktury zawodowej działają w tej samej sprawie lub sprawie z nią związanej na rzecz klientów o sprzecznych interesach (w tym przeciwników procesowych). Jest to zachowanie mogące rodzić konflikt interesów (art. 28 i art. 29 KERP), nielojalne (brak dbałości o realizację interesów i woli klienta – art. 8 i 10 KERP) oraz podważające zaufanie do radcy prawnego (negatywnie wpływa na autorytet i wizerunek radcy prawnego jako profesjonalisty działającego niezależnie, bezkonfliktowo, dla dobra, lojalnie i w zaufaniu wobec klienta – art. 11 ust. 1 i 2 i art. 45 KERP).

Weryfikacji wymaga także, czy wynikły ze zmiany formy wykonywania zawodu lub zmiany podmiotowej skład osobowy nie powoduje powstania konfliktu interesów. Z jednej strony należy ustalić, czy zewnętrzne i wewnętrzne stosunki bliskości z przeciwnikami klienta lub osobami trzecimi (np. uczuciowe, sąsiedzkie, towarzyskie), lub

inne stosunki (np. gospodarcze, finansowe) oddziałują na prowadzenie, lub wynik sprawy (art. 15 u.r.p. i art. 27 pkt 5 KERP). Osobami trzecimi mogą być osoby ze starego lub nowego składu osobowego, zainteresowane wynikiem sprawy w szczególności na tle zasad i sposobu podziału kwot uzyskanych od klientów lub innych rozliczeń finansowych – jeżeli prowadzi do materialnego zainteresowania tych osób wynikiem sprawy, nawet bez udziału w jej prowadzeniu. Z drugiej strony chodzi o to, czy w związku ze wspólnym wykonywaniem zawodu w nowym składzie osobowym na rzecz tego samego klienta nie powstanie sprawa rodząca konflikt interesów, choćby u jednego z członków składu (art. 27 pkt 4 KERP). Mimo nieuregulowania w KERP zasady automatycznego „przypisywania” konfliktu interesów jednego radcy prawnego innym radcom prawnym z tej samej wieloosobowej struktury wykonywania zawodu nie jest wykluczone, że konflikt taki wystąpi.

Nawet brak konfliktu interesów związanego ze zmianą formy wykonywania zawodu lub zmianą podmiotową nie zwalnia radcy prawnego ze sprawdzenia, czy przyjęcie sprawy lub dalsze jej prowadzenie w zmienionej strukturze zawodowej nie spowoduje utraty niezależności (art. 7 KERP), lub zaufania klienta (art. 11 ust. 1 i 2 i art. 45 KERP) oraz jest wobec niego lojalne. Rozpoczęcie praktyki w nowej strukturze zawodowej musi być wolne od wpływów z zawodowej przeszłości. Uprzednie lub nowe relacje i sieci kontaktów zawodowych lub pozazawodowych, które są powiązane z czynnościami zawodowymi, nie mogą oddziaływać na ich realizację w sposób ograniczający autonomię czynności zawodowych. Podstawą jest zachowanie lojalności wobec klienta, tj. dbałości o realizację jego interesów i woli (art. 8 i 10 KERP) – jednak bez naruszania zasad etyki w celu spełnienia oczekiwań klienta lub osób trzecich, np. nowej spółki czy jednostki organizacyjnej (art. 7 ust. 3 KERP). Lojalność wobec klienta to służba jego dobru, celowe i ukierunkowane działanie na korzyść klienta oraz wzajemne zaufanie. Zaufanie jest podstawą w relacji z klientem, a jego brak uzasadnia wypowiedzenie zlecenia i pełnomocnictwa (art. 45 KERP). Bez zaufania ze strony klienta nie można w pełni skutecznie wykonywać czynności zawodowych¹¹.

Zmiany podmiotowe, także połączone ze zmianą formy wykonywania zawodu, mogą skutkować zakończeniem współpracy pomiędzy radcami prawnymi. Nie powoduje to jednak ustania obowiązku zachowania lojalności i koleżeństwa wobec współpracowników ze starego składu osobowego (art. 50 ust. 1 i 2 KERP).

Lojalność oznacza tutaj uczciwe i rzetelne postępowanie wobec kolegów w związku z ustaniem współpracy, szczególnie przy zmianie portfela klientów oraz rynkowej konkurencji. Klienci winni być o zakończeniu współpracy poinformowani. Mają także swobodę w podjęciu decyzji, z którym z radców prawnych chcą dalej współpracować. W tym przypadku radca prawny powinien przestrzegać zasad postępowania w przypadku rezygnacji z dotychczasowej współpracy (art. 45 i art. 47 KERP), przystępowania do spraw klientów lub ich przejmowania od kolegi (art. 53 ust. 1 i 2 KERP). Dodatkowo musi mieć na względzie zasady przekazywania informacji i dokumentacji klientów (art. 53 ust. 3 i art. 59 KERP) oraz dokonywania rozliczeń z klientami (art. 36 ust. 5 i art. 53 ust. 4 KERP) – po zakończeniu współpracy. Nie może również podejmować

¹¹ Patrz: S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

czynności zmierzających do pozbawienia innego radcy prawnego zatrudnienia lub utraty klienta, chyba że wynika to z obowiązków przewidzianych prawem lub dozwolonego pozyskiwania klientów (art. 50 ust. 3 KERP). Uczciwa koleżeńska konkurencja po zakończeniu współpracy to także zakaz bezpośredniego porównywania jakości czynności zawodowych wobec kolegów z zawodowej przeszłości (art. 32 pkt 5 KERP) oraz zakaz nieopartych na prawdzie i interesie publicznym negatywnych ocen (krytyki lub opinii) dawnego kolegi (art. 52 ust. 3 i 4 KERP).

Koleżeństwo zaś to obowiązek zachowania szacunku, życzliwości, uprzejmości, zasad dobrego wychowania, umiaru i taktu, nienaruszania godności oraz służenia sobie koleżeńską pomocą (do granicy interesu klienta) we wzajemnych stosunkach mimo rozstania (art. 12 ust. 3, art. 48 i art. 57 KERP).

5. Podsumowanie

Reasumując, KERP nie reguluje samoistnie i wprost zmiany zawodu lub formy jego wykonywania (w tym zmiany podmiotowej). Normuje bezpośrednio kontekst mobilności zawodowej tylko w wąskim zakresie (tajemnica zawodowa – art. 17, konflikt interesów – art. 27 pkt 1 KERP). Możliwość pośredniego zastosowania w tym zakresie kilku innych zasad etyki zawodowej (szczególnie niezależności, godności zawodu, lojalności i zaufania) nie wydaje się być wystarczająca. Powoduje to narastanie regulacyjnej i etycznej niepewności, w tym dotyczącej kwestii korzystania z relacji lub sieci kontaktów z zawodowej przeszłości, a także unikania z tym związanego ograniczenia niezależności, konfliktów interesów lub lojalności. Prowokuje również pytanie, czy wzrost mobilności zawodowej prawników zmieniających zawód lub formę jego wykonywania (w tym w ramach zmiany podmiotowej) powinien natrafiać na regulacyjną lukę lub próżnię oraz być pozostawiony tylko ich etycznemu i sytuacyjnemu wyczuciu.

Bibliografia

Literatura

- Ciupa S.W., *Przejsie na drugą stronę (revolving door)*, O etyce w praktyce. Blog dla prawników z 17 marca 2021 r., <https://oetycewpraktyce.pl/przejsie-na-druga-stro-ne-revolving-door/>.
- Mikołajczyk-Gaj K., *Revolving door. Etyczne aspekty zmiany wykonywanego zawodu prawniczego*, [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 3*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2013.
- Sarkowicz R., *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004.

Akty prawne

Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166).

Inne

Kodeks Etyki Radcy Prawnego, załącznik do uchwały nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r.

Katarzyna Małysa-Sulińska¹

Uniwersytet Jagielloński

ORCID ID: 0000-0002-6406-8851

Marcin Wujczyk²

Uniwersytet Jagielloński

ORCID ID: 0000-0002-4620-4899

ZAWIESZENIE DZIAŁALNOŚCI WYKONYWANEJ W FORMIE KANCELARII RADCY PRAWNEGO W ZWIĄZKU ZE SPRAWOWANIEM OPIEKI NAD OSOBĄ Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIĄ

ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest analiza regulacji normatywnych odnoszących się do możliwości ustalenia prawa do świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością w przypadku zawieszenia działalności gospodarczej prowadzonej przez radcę prawnego. Przedstawiono w nim zarówno sposoby wykonywania zawodu radcy prawnego, zawieszenie działalności wykonywanej w formie kancelarii radcy prawnego, jak i rodzaje świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością, a także przesłanki determinujące możliwość ustalenia tych świadczeń.

¹ Doktor habilitowana, profesor w Katedrze Prawa Samorządu Terytorialnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, a także członek etatowy w Samorządowym Kolegium Odwoławczym w Krakowie.

² Doktor habilitowany, Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, radca prawny.

Słowa kluczowe: sposoby wykonywania zawodu radcy prawnego, zawieszenie działalności wykonywanej w formie kancelarii radcy prawnego, rodzaje świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością, niepodjęcie albo rezygnacja z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej

1. Wstęp

W ostatnim czasie podnosi się konieczność zmian w zakresie regulacji normatywnych odnoszących się do wsparcia udzielanego przez państwo opiekunom osób z niepełnosprawnościami. Wskazuje się przy tym, że opiekę tę często sprawują osoby posiadające kompetencje, wykształcenie oraz potencjał do wykonywania pracy lub innej działalności zarobkowej w sposób, który nie utrudnia sprawowania opieki nad osobą z niepełnosprawnością. Podnosi się również, iż zmieniające się warunki świadczenia pracy, w tym dynamiczny rozwój nowoczesnych technologii umożliwiających prowadzenie aktywności zawodowej w zaciszu domowym, sprzyjają takiej organizacji pracy, która umożliwi łączenie obowiązków opiekuna osoby z niepełnosprawnością i aktywności zawodowej³.

W aktualnym stanie normatywnym świadczenie opiekuńcze może być przyznane wyłącznie w przypadku, gdy opiekun osoby z niepełnosprawnością jest osobą nieaktywną zawodowo, gdyż ustalenie prawa do tego świadczenia determinowane jest niepodjęciem lub rezygnacją z zatrudnienia, lub innej pracy zarobkowej. Mając na uwadze powyższe, analizy wymaga, czy zawieszenie przez radcę prawnego działalności zawodowej prowadzonej w formie kancelarii prawnej wypełnia tę przesłankę, czy też jej ziszczenie musi wiązać się z zakończeniem działalności prowadzonej w tej formie. Nie można bowiem pomijać okoliczności, że podjęcie przedmiotowej opieki stanowi dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością sytuację nową i niepewną, której może on nie sprostać, a także, że często sprawowanie takiej opieki stanowi stan przejściowy, który trwa tak długo, jak możliwe jest jej sprawowanie w warunkach domowych. W takich przypadkach racjonalne jest czasowe zawieszenie przez radcę prawnego działalności zawodowej prowadzonej w formie kancelarii prawnej, a nie jej ostateczne zakończenie.

2. Prowadzenie kancelarii radcy prawnego jako jeden ze sposobów wykonywania zawodu radcy prawnego

Zawód radcy prawnego ze względu na swoje szczególne znaczenie i konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu udzielanej pomocy prawnej może być wykonywany w formach wskazanych w art. 8 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych⁴. Radca prawny może zatem wykonywać zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy

³ Zob. uzasadnienie inicjatywy ustawodawczej Senatu RP X kadencji dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych, druk nr 273, <https://www.senat.gov.pl/prace/druki/record,11138.html>.

⁴ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166 ze zm. (dalej: u.r.p.).

cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej lub komandytowej, przy czym współnikami w spółkach cywilnej, jawnej i partnerskiej oraz komplementariuszami w spółce komandytowej mogą być wyłącznie radcowie prawni lub radcowie prawni i adwokaci, a także prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie ustawy z 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej⁵, a wyłącznym przedmiotem działalności takich spółek jest świadczenie pomocy prawnej. Zaznaczenia wymaga, że radca prawny jest zobowiązany zawiadomić radę właściwej okręgowej izby radców prawnych o podjęciu wykonywania zawodu i formach jego wykonywania, o adresie i nazwie kancelarii lub spółki, a także o każdej zmianie tych informacji.

Niniejszy artykuł odnosi się do działalności wykonywanej w formie kancelarii radcy prawnego. Została ona zdefiniowana w regulaminie wykonywania zawodu radcy prawnego jako forma wykonywania zawodu we własnym imieniu i na własny rachunek przez radcę prawnego prowadzącą działalność gospodarczą⁶. Zaznaczenia wymaga przy tym, że przez działalność gospodarczą rozumieć należy zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły⁷. Z kolei przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą.

Sytuację prawną przedsiębiorców, w tym będących radcami prawnymi, poddano regulacji w przepisach ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców⁸. Osoba wykonująca we własnym imieniu i indywidualnie zawód radcy prawnego w sposób zorganizowany i ciągły (prowadząc kancelarię radcy prawnego) jest bowiem przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów przywołanej powyżej ustawy⁹, a w konsekwencji ciąży na niej wiele obowiązków określonych w tej ustawie. Podkreślenia wymaga przy tym, że w sytuacji, gdy przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, a taką jest świadczenie usług przez radcę prawnego, przedsiębiorca może ją wykonywać, jeżeli spełnia określone tam szczególne warunki i uzyskał wpis w rejestrze działalności regulowanej¹⁰. Na podstawie przepisów regulujących daną

⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 823 (dalej: u.ś.p.z.p.p.).

⁶ Zob. § 2 pkt 5 załącznika do uchwały nr 94/IX/2015 Krajowej Rady Radców Prawnych z 13 czerwca 2015 r., <https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2014/06/Uchwa%C5%82a-Nr-94-IX-2015-KRRP-z-13.05.2015-r.-w-spr.-Regulaminu-wykonywania-zawodu-radcy-prawnego.pdf>.

⁷ Zob.: A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994, s. 30–32; C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 215; S. Koroluk, *Cechy działalności gospodarczej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] A. Powałowski, S. Koroluk, *Podjęmowanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005, s. 33; uchwała SN z 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993/5, poz. 79.

⁸ Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm. (dalej: pr.przeds.).

⁹ T. Mihułka, M. Warchoła, *Ustawa – Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu*, red. A. Borkowski, dodatek do „Dziennika Gazety Prawnej”, Warszawa 2018, s. 17; wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20 września 2007 r., II FSK 1028/06, LEX nr 377519; z 16 listopada 2006 r., II FSK 1375/05, LEX nr 291825 oraz wyroki: Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 24 czerwca 2008 r., I SA/Kr 671/07; WSA w Warszawie z 29 października 2008 r., III SA/Wa 962/08, WSA w Kielcach z 11 marca 2010 r., I SA/Ke 131/10 oraz WSA w Gdańsku z 27 stycznia 2016 r., I SA/Gd 1725/15 (wyrok WSA we Wrocławiu z 4 sierpnia 2016 r., I SA/Wr 483/16, LEX nr 2100254).

¹⁰ Zob. art. 43 ust. 1 pr.przeds.

działalność gospodarczą organ prowadzący rejestr działalności regulowanej dokonuje wpisu na wniosek przedsiębiorcy po złożeniu przez niego oświadczenia o spełnieniu warunków wymaganych do jej wykonywania¹¹.

Mając na uwadze przedmiot niniejszego artykułu, wskazać należy, że działalność gospodarcza prowadzona w formie kancelarii radcy prawnego może zostać zawieszona. Zawieszenie to należy przy tym rozumieć jako czasowe wstrzymanie aktywności ekonomicznej przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą¹². Jak bowiem wskazano w przepisach pr.przeds., przedsiębiorca, który nie zatrudnia pracowników, może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej¹³. Z uprawnienia tego może skorzystać również przedsiębiorca zatrudniający wyłącznie pracowników przebywających na urlopie macierzyńskim, wychowawczym lub rodzicielskim¹⁴.

Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej może nastąpić na czas nieokreślony lub określony, lecz okres ten nie może być krótszy niż 30 dni¹⁵. Nie obowiązuje także ograniczenie dotyczące możliwości zawieszenia działalności przed dniem złożenia wniosku. Okres zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej rozpoczyna się od dnia wskazanego we wniosku o wpis informacji o zawieszeniu wykonywania działalności gospodarczej i trwa do dnia wskazanego w tym wniosku albo we wniosku o wznowienie wykonywania działalności gospodarczej, albo do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego¹⁶.

Przedsiębiorca, który zawiesza prowadzoną działalność, uzyskuje szczególny status. Z jednej strony w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej nie może on jej wykonywać i osiągać z tego tytułu bieżących przychodów, z drugiej zaś zachowuje szereg uprawnień. W szczególności przedsiębiorca taki: może wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów, w tym rozwiązywania zawartych wcześniej umów; może przyjmować należności i jest obowiązany regulować zobowiązania, powstałe przed datą zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej; może zbywać własne środki trwałe i wyposażenie; ma prawo albo obowiązek uczestniczyć w postępowaniach sądowych, postępowaniach podatkowych i administracyjnych związanych z działalnością gospodarczą wykonywaną przed datą zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej; wykonuje wszelkie obowiązki nakazane przepisami prawa; może osiągać przychody finansowe, także z działalności prowadzonej przed datą zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej; może zostać poddany kontroli na zasadach przewidzianych dla przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą; może powołać albo odwołać zarządcę sukcesyjnego¹⁷. Zawieszenie

11 Zob. art. 43 ust. 2 pr.przeds.

12 A. Powałowski, *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej*, [w:] *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, red. A. Powałowski, Warszawa 2015, s. 376.

13 Zob. art. 22 ust. 1 pr.przeds.

14 Zob. art. 22 ust. 2 pr.przeds.

15 Zob. art. 23 ust. 1 pr.przeds.

16 Zob. art. 24 ust. 2 pr.przeds.

17 Zob.: A. Piszcz, *Zawieszenie i wznowienie wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 10, s. 27–32; M.A. Waligórski, *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznowiania wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 8, s. 2–10.

działalności gospodarczej to bowiem – jak wskazuje się w orzecznictwie – nadal formalne istnienie przedsiębiorstwa¹⁸.

Zawieszenie działalności gospodarczej prowadzonej przez radcę prawnego w formie kancelarii prawnej ma charakter tymczasowy. Jest nakierowane jedynie na czasowe zaprzestanie wykonywania czynności i – choć nie jest wykluczone, że zawieszenie skutkować będzie zakończeniem takiej działalności i wykreśleniem z rejestru przedsiębiorców – wskazuje, że w przyszłości przedmiotowa działalność zostanie ponownie podjęta¹⁹.

3. Niepodejmowanie albo rezygnacja z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej jako przesłanka ustalenia świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością

Aktualnie w obrocie prawnym pozostają trzy rodzaje świadczeń dla opiekunów osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności. W przepisach ustawy z 23 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych²⁰ ujęto bowiem dwa rodzaje takich świadczeń opiekuńczych: świadczenie pielęgnacyjne oraz specjalny zasiłek opiekuńczy²¹, w u.w.z.o. uregulowano zaś instytucję zasiłku dla opiekuna.

Pierwsze ze świadczeń skierowanych do opiekunów, czyli świadczenie pielęgnacyjne, zostało wprowadzone przez ustawodawcę w celu udzielenia materialnego wsparcia – rezygnującym z aktywności zawodowej – osobom opiekującym się niepełnosprawnymi, a regulację w tym zakresie ustawodawca ujął w art. 17 u.ś.r. W związku z koniecznością dostosowania rozwiązań systemowych do potrzeb społecznych i możliwości finansowych państwa regulacja ta – przepisami ustawy z 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw²² – została istotnie zmieniona z dniem 1 stycznia 2013 r. poprzez wskazanie, że przedmiotowe świadczenie przysługuje wyłącznie wówczas, gdy niepełnosprawność osoby wymagającej opieki powstała nie później niż do ukończenia 18. roku życia albo w trakcie nauki w szkole lub w szkole wyższej, jednak nie później niż do ukończenia 25. roku życia²³. Przepisami przywołanej ustawy

¹⁸ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 25 maja 2017 r., III SA/Po 150/17, LEX nr 2306735.

¹⁹ Por. A. Powałowski, *Ocena regulacji prawnej zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, nr 2, s. 339–348.

²⁰ Dz.U. z 2022 r. poz. 615 ze zm. (dalej: u.ś.r.).

²¹ Zob. art. 2 pkt 2 u.ś.r. Ustawodawca wyróżnia nadto jeszcze jeden rodzaj świadczenia opiekuńczego – zasiłek pielęgnacyjny – ale jest to świadczenie związane z osobą świadczeniobiorcy, a przyznawane w celu częściowego pokrycia wydatków wynikających z konieczności zapewnienia opieki i pomocy innej osobie w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji (szerzej na temat zasiłku pielęgnacyjnego zob. A. Kawecka, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, red. K. Małysa-Sulińska, A. Kawecka, J. Sapeta, Warszawa 2015, s. 241 i n.).

²² Dz.U. poz. 1548 ze zm. (dalej: ustawa nowelizująca u.ś.r. 2012).

²³ Zob. art. 17 ust. 1b u.ś.r. Zauważenia wymaga przy tym, że – wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 21 października 2014 r., K 38/13 – przepis ten w zakresie, w jakim różnicuje prawo do świadczenia pielęgnacyjnego osób sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną po ukończeniu przez nią wieku określonego w tym przepisie ze względu na moment powstania niepełnosprawności, został uznany za niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

z dniem 1 stycznia 2013 r. wprowadzono również nowy rodzaj świadczenia opiekuńczego²⁴, czyli specjalny zasiłek opiekuńczy, a jednocześnie ustanowiono okres przejściowy uprawniający osoby, które nabyły prawo do świadczenia pielęgnacyjnego na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem 1 stycznia 2013 r., do otrzymywania go przez okres sześciu miesięcy od dnia jej wejścia w życie, tj. do dnia 30 czerwca 2013 r.²⁵ Po tej dacie decyzje przyznające prawo do świadczenia pielęgnacyjnego, które zostały wydane na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem 1 stycznia 2013 r., miały wygasnąć z mocy prawa²⁶. Przywołane regulacje ustawy nowelizującej u.ś.r. 2012 Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z Konstytucją RP i wskazał konieczność przywrócenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobom, które utraciły go od 1 lipca 2013 r.²⁷ W konsekwencji powyższego – ustawą z 4 kwietnia 2014 r. o ustaleniu i wypłacie zasiłków dla opiekunów²⁸ wprowadzono zasiłek dla opiekuna, czyli nowe świadczenie przysługujące osobie, która utraciła prawo do świadczenia pielęgnacyjnego z upływem pierwszego półrocza 2013 r. w związku z wygaśnięciem z mocy prawa decyzji przyznającej jej to prawo.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami normatywnymi w tym zakresie wszystkie wskazane świadczenia mogą zostać przyznane opiekunowi osoby z niepełnosprawnością, który – w związku ze sprawowaniem opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności albo orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki, lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji – nie podejmuje zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej albo rezygnuje z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej²⁹.

Zaznaczenia wymaga przy tym, że świadczenie pielęgnacyjne może zostać przyznane – przy braku negatywnych przesłanek jego ustalenia³⁰ – matce albo ojcu, opiekunowi

²⁴ Do końca 2012 r. art. 2 pkt 2 u.ś.r. wyróżniał dwa rodzaje świadczeń opiekuńczych, a to: zasiłek pielęgnacyjny i świadczenie pielęgnacyjne.

²⁵ Zob. art. 11 ust. 1 ustawy nowelizującej u.ś.r. 2012.

²⁶ Zob. art. 11 ust. 3 ustawy nowelizującej u.ś.r. 2012.

²⁷ Zob. wyrok TK z 5 grudnia 2013 r., K 27/13, Dz.U. poz. 1557, w którym przepisy art. 11 ust. 1 i 3 ustawy nowelizującej u.ś.r. 2012 zostały uznane za niezgodne z art. 2 Konstytucji RP.

²⁸ Dz.U. poz. 567 (dalej: u.w.z.o.).

²⁹ Zauważenia wymaga przy tym, że podnosi się brak zasadności uzależniania przyznania świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością od niepodejmowania lub rezygnacji przez niego z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej (zob. inicjatywę ustawodawczą Senatu RP X kadencji dotyczącą projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych, druk nr 273, <https://www.senat.gov.pl/prace/druki/record,11138.html>). Szerzej na ten temat zob. K. Małysa-Sulińska, *Ekspertyza prawna dotycząca rozwiązań normatywnych w zakresie przesłanki ustalenia prawa do świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością, odnoszącej się do niepodejmowania albo rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej*, Kancelaria Senatu 2022, <https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/6501/plik/oe-420.pdf>.

³⁰ Negatywne przesłanki ustalenia prawa do specjalnego zasiłku opiekuńczego zostały ujęte w art. 17 ust. 5 u.ś.r. (na ten temat zob.: A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 281 i n.; B. Chludziński, [w:] *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, red. P. Rączka, Warszawa 2021, s. 438 i n.).

faktycznemu dziecku, osobie będącej rodziną zastępczą spokrewnioną w rozumieniu ustawy z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³¹, innej osobie, na której zgodnie z przepisami ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy³² ciąży obowiązek alimentacyjny, z wyjątkiem osób o znacznym stopniu niepełnosprawności³³. W założeniu ustawodawcy przyznanie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego od 1 stycznia 2013 r. miało być determinowane momentem powstania niepełnosprawności osoby wymagającej opieki, co – jak już wskazano powyżej – Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z Konstytucją RP, a jednocześnie niewarunkowane dochodem rodziny³⁴. Nadto wysokość tego świadczenia ustawodawca ustanowił w kwocie znacząco wyższej niż pozostałych świadczeń opiekuńczych. Aktualnie świadczenie pielęgnacyjne przysługuje bowiem w wysokości 2119,00 zł miesięcznie³⁵, a jego kwota podlega corocznej waloryzacji³⁶.

Specjalny zasiłek opiekuńczy przysługuje natomiast – przy braku negatywnych przesłanek jego ustalenia³⁷ – bądź osobie, na której zgodnie z przepisami k.r.o. ciąży obowiązek alimentacyjny, bądź małżonkowi osoby z niepełnosprawnością³⁸. Przyznanie przedmiotowego świadczenia w wysokości 620,00 zł miesięcznie³⁹ uzależnione jest – inaczej niż w przypadku świadczenia pielęgnacyjnego – od wysokości dochodu⁴⁰ liczonego łącznie dla rodziny osoby sprawującej opiekę oraz rodziny osoby wymagającej opieki⁴¹.

31 Dz.U. z 2022 r. poz. 447 (dalej: u.w.r.p.z.).

32 T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359. (dalej: k.r.o.).

33 Zob. art. 17 ust. 1 u.ś.r. Zob. również art. 17 ust. 1a u.ś.r., zgodnie z którym wskazano przesłanki warunkujące przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego osobom innym niż spokrewnione w pierwszym stopniu z osobą wymagającą opieki (na ten temat zob. A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 272 i n.).

34 Szerzej na temat świadczenia pielęgnacyjnego zob. A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, Warszawa 2015, s. 269 i n.

35 Zob. obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z 27 października 2021 r. w sprawie wysokości świadczenia pielęgnacyjnego w roku 2022, M.P. z 2021 r. poz. 1021.

36 Zgodnie z art. 17 ust. 3a kwota świadczenia pielęgnacyjnego podlega corocznej waloryzacji od 1 stycznia, a – jak wskazano w art. 17 ust. 3b u.ś.r. – waloryzacja polega na zwiększeniu kwoty świadczenia pielęgnacyjnego o wskaźnik waloryzacji. Wskaźnikiem waloryzacji jest procentowy wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, o którym mowa w ustawie z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207), obowiązującego na dzień 1 stycznia roku, w którym jest przeprowadzana waloryzacja, w stosunku do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej w dniu 1 stycznia roku poprzedzającego rok, w którym jest przeprowadzana waloryzacja.

37 Negatywne przesłanki ustalenia prawa do specjalnego zasiłku opiekuńczego zostały ujęte w art. 16a ust. 8 u.ś.r. (na ten temat zob.: A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 261 i n.; B. Chłudziński, [w:] *Świadczenia rodzinne...*, s. 415 i n.).

38 Zob. art. 16a ust. 1 u.ś.r. (na ten temat zob. A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 255 i n.).

39 Zob. § 1 pkt 14 rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2021 r. w sprawie wysokości dochodu rodziny albo dochodu osoby uczącej się stanowiących podstawę ubiegania się o zasiłek rodzinny i specjalny zasiłek opiekuńczy, wysokości świadczeń rodzinnych oraz wysokości zasiłku dla opiekuna, Dz.U. poz. 1481.

40 Zgodnie z art. 16a ust. 2 u.ś.r. dochód ten w przeliczeniu na osobę nie może przekroczyć kwoty, o której mowa w art. 5 ust. 2 u.ś.r., przy czym przepisy ust. 4–9 tego artykułu stosuje się odpowiednio.

41 Szerzej na temat specjalnego zasiłku opiekuńczego zob.: A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 254 i n.; B. Chłudziński, [w:] *Świadczenia rodzinne...*, s. 400 i n.

Zasiłek dla opiekuna przysługuje zaś osobie, która – w związku z wygaśnięciem z mocy prawa decyzji przyznającej prawo do świadczenia pielęgnacyjnego – utraciła prawo do przedmiotowego świadczenia od 1 lipca 2013 r.⁴², a spełniała warunki do jego otrzymania określone w u.ś.r. w brzmieniu obowiązującym w dniu 31 grudnia 2012 r.⁴³ Nadto – jeżeli opiekunem osoby z niepełnosprawnością jest rolnik, małżonek rolnika lub domownik w rozumieniu przepisów ustawy z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników⁴⁴ – przedmiotowe świadczenie przysługuje w przypadku zaprzestania prowadzenia przez nich gospodarstwa rolnego albo wykonywania pracy w takim gospodarstwie⁴⁵, co potwierdza złożenie stosownego oświadczenia⁴⁶. Aktualnie zasiłek dla opiekuna wynosi 620,00 zł miesięcznie⁴⁷, a kwota ta odpowiada wysokości specjalnego zasiłku opiekuńczego⁴⁸.

4. Zawieszenie działalności prowadzonej w formie kancelarii radcy prawnego a możliwość ustalenia świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością

Ustalenie opisanych powyżej świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością – jak już wskazano powyżej – determinowane jest niepodejmowaniem albo rezygnacją z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. Z założenia bowiem świadczenia te mają charakter rekompensaty za rezygnację z aktywności zawodowej w związku ze sprawowaniem opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności albo orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współdziałania na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji. Wydaje się zatem, iż bezspornie powinien istnieć związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy rezygnacją z aktywności zawodowej a podjęciem opieki nad osobą z niepełnosprawnością⁴⁹.

⁴² Zob. art. 2 ust. 1 u.w.z.o.

⁴³ Zob. art. 2 ust. 2 u.w.z.o. Na temat regulacji art. 17 ust. 1 u.ś.r. w brzmieniu obowiązującym w dniu 31 grudnia 2012 r. zob. K. Małyśa-Sulińska, *Wygaśnięcie decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jako przesłanka ustalenia prawa do zasiłku dla opiekuna*, „Casus” 2015, nr 76, s. 40.

⁴⁴ Dz.U. z 2021 poz. 266 ze zm.

⁴⁵ Zob. art. 3 ust. 1 u.w.z.o.

⁴⁶ Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.w.z.o. zaprzestanie prowadzenia gospodarstwa rolnego lub zaprzestanie wykonywania pracy w gospodarstwie rolnym potwierdza się stosownym oświadczeniem złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Składający oświadczenie jest obowiązany do zawarcia w nim klauzuli następującej treści: „Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia”, przy czym klauzula ta zastępuje pouczenie organu o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

⁴⁷ Zob. § 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2021 r. w sprawie wysokości dochodu rodziny albo dochodu osoby uczącej się stanowiących podstawę ubiegania się o zasiłek rodzinny i specjalny zasiłek opiekuńczy, wysokości świadczeń rodzinnych oraz wysokości zasiłku dla opiekuna, Dz.U. poz. 1481.

⁴⁸ Szerzej na temat zasiłku dla opiekuna zob.: K. Małyśa-Sulińska, *Wygaśnięcie decyzji o...*, s. 36 i n.

⁴⁹ Por. A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 256–257.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że – zgodnie z definicją ujętą w art. 3 pkt 22 u.ś.r. – przez zatrudnienie lub inną pracę zarobkową należy rozumieć między innymi prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej, a jako taką – zgodnie z tym, co wskazano powyżej – postrzegać należy również działalność zawodową radcy prawnego prowadzoną w formie kancelarii. Odpowiedzi wymaga zatem pytanie, czy zawieszenie przez radcę prawnego działalności prowadzonej w formie kancelarii prawnej może być uznane za realizację przesłanki uprawniającej do ustalenia świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością. W tym zakresie prezentowane są bowiem dwa przeciwstawne stanowiska. Według pierwszego z nich pojęcie rezygnacji z zatrudnienia lub innej działalności zarobkowej należy wyklądać w sposób ścisły, a to dlatego, że wiąże się ono z określonymi stosunkami prawnymi, a nie okolicznościami faktycznymi. Uzasadniając to stanowisko, podnosi się, że osoba, która jedynie zawiesiła działalność gospodarczą, nie wykreślając jej ze stosownego rejestru, nie spełnia warunku rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, albowiem nadal jest przedsiębiorcą, składa deklaracje, wypełnia obowiązki związane z czynnościami do dnia jej zawieszenia, mimo że nie świadczy swoich usług i nie otrzymuje z tego tytułu wynagrodzenia⁵⁰.

Według drugiego stanowiska zawieszenie prowadzenia działalności gospodarczej wypełnia zaś przesłankę rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. Na poparcie tego stanowiska wskazuje się, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pr.przeds. w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. W związku z tym – jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych – zawieszenie działalności gospodarczej należy zatem uznać za faktyczną rezygnację z jej wykonywania⁵¹.

Mając na uwadze powyższe, zauważenia wymaga, że radca prawny, który zawiesza prowadzenie działalności gospodarczej w formie kancelarii prawnej, nie traci jednocześnie prawa do wykonywania zawodu, gdyż to wymaga złożenia odrębnego wniosku

⁵⁰ Zob.: stanowisko samorządowego kolegium odwoławczego przedstawione m.in. w wyroku WSA w Gliwicach z 10 września 2021 r., II SA/GI 569/21, LEX nr 3225838 czy w wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 2 września 2021 r., II SA/Go 568/21, LEX nr 3225411. Warto dodatkowo wskazać, że argumentów za tym stanowiskiem dostarcza również ocena spełnienia przesłanki rezygnacji z zatrudnienia na gruncie stosunku pracy. NSA wskazał, że względy systemowe nie dają podstaw do przyjęcia, że w zamiarze ustawodawcy leżało utożsamienie utraty dochodów z tytułu zatrudnienia z zaprzestaniem wykonywania pracy. Przeczy temu fakt, że ustawa zna pojęcie utraty dochodu. W szczególności jest nią utrata dochodu spowodowana uzyskaniem prawa do urlopu wychowawczego, a sytuacja ta nie jest tożsama z utratą zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. W kwestii wykładni art. 3 pkt 22 u.ś.r. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że definicja zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej służy określeniu podstaw prawnych, na jakich praca może być wykonywana, i łączy definiowane pojęcie z określonymi stosunkami prawnymi, a nie okolicznościami faktycznymi, w szczególności z faktycznym wykonywaniem czynności zawodowych, świadczeniem usług czy faktycznym prowadzeniem działalności gospodarczej (zob. wyrok NSA z 10 sierpnia 2020 r., I OSK 467/20, LEX nr 3046201).

⁵¹ Zob.: wyrok WSA w Warszawie z 27 września 2012 r., I SA/Wa 1596/12, LEX nr 1232715; wyrok WSA w Warszawie z 27 lutego 2019 r., I SA/Wa 2234/18, LEX nr 3012798; wyrok WSA w Gliwicach z 10 lipca 2021 r., II SA/GI 569/21, LEX nr 3225838; wyrok WSA w Łodzi z 29 stycznia 2021 r., II SA/Łd 337/20, LEX nr 3121137. Por. też A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 279.

do właściwej okręgowej izby radców prawnych o skreślenie z listy radców prawnych⁵². W naszej ocenie nie jest to jednak okoliczność, która stoi w sprzeczności z możliwością uznania, że zawieszenie działalności kancelarii radcy prawnego wypełnia przesłankę rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. Przemawia za tym kilka argumentów. W pierwszej kolejności należy ponownie zwrócić uwagę na cel przedmiotowych świadczeń opiekuńczych, którym jest materialne wsparcie osób, które rezygnują z aktywności zawodowej, by opiekować się osobą z niepełnosprawnością. Tym samym przywołane powyżej świadczenia mają zastąpić dochód wynikający z działalności zarobkowej, której nie może podjąć osoba sprawująca opiekę. Stanowią one zatem rekompensatę za utracenie możliwości zarobkowania i wsparcie osób przyjmujących na siebie realizację obowiązków spoczywających na państwie kosztem własnych możliwości działalności zawodowej⁵³. Osoba zawieszająca działalność gospodarczą znajduje się właśnie w takiej sytuacji, czyli traci swoje możliwości zarobkowe. Zawieszenie działalności gospodarczej należy zatem uznać jako faktyczną rezygnację z jej wykonywania. Zawieszenie takie – jak wskazuje się w literaturze – należy bowiem traktować jako przerwę w prowadzeniu działalności gospodarczej, która została wymuszona okolicznościami uniemożliwiającymi jej prowadzenie w sposób zorganizowany i ciągły dla realizacji celu zarobkowego⁵⁴.

Mając zatem w szczególności na uwadze, że w trakcie zawieszenia działalności wykonywanej w formie kancelarii radca prawny – choć może realizować pewne czynności typowe dla przedsiębiorcy – nie prowadzi działalności zawodowej i nie uzyskuje z tego tytułu dochodów, przyjąć należy spełnienie przesłanki rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, która warunkuje możliwość ustalenia opisanych powyżej świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością. Należy przy tym poczynić jednak zastrzeżenie, że radca prawny zawieszający działalność gospodarczą prowadzoną w formie kancelarii prawnej jest zobligowany jednocześnie do zaprzestania prowadzenia jakiegokolwiek innej działalności zarobkowej.

Za przyjęciem, że zawieszenie działalności gospodarczej spełnia przesłankę warunkującą możliwość ustalenia opisanych powyżej świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością przemawia również zasada równości wobec prawa ujęta w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie

52 Skreślenie z listy radców prawnych – zgodnie z art. 29 u.r.p. – może nastąpić również w wypadku choćby częściowego ograniczenia zdolności do czynności prawnych, utraty z mocy wyroku sądowego praw publicznych, nieuiszczania składek członkowskich za okres dłuższy niż jeden rok, śmierci radcy prawnego, orzeczenia dyscyplinarnego lub wyroku sądowego o pozbawieniu prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego. Rada okręgowej izby radców prawnych – jak wskazano w art. 29¹ u.r.p. – podejmuje uchwałę w sprawie skreślenia z listy radców prawnych w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu zdarzenia uzasadniającego tę czynność.

53 Por.: A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska, [w:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych...*, s. 270; B. Chludziński, [w:] *Świadczenia rodzinne...*, s. 423. Zob. też: wyrok WSA we Wrocławiu z 9 stycznia 2020 r., IV SA/Wr 445/19, LEX nr 3010895; wyrok WSA w Łodzi z 17 stycznia 2019 r., II SA/Łd 1058/18, LEX nr 2619142; wyrok WSA w Białymstoku z 19 lutego 2019 r., II SA/Bk 820/18, LEX nr 2636594; wyrok WSA w Gliwicach z 25 listopada 2019 r., II SA/Gl 970/19, LEX nr 2761325.

54 M. Waligórski, *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznawiania wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 8, teza nr 1.

podnoszono, że zasada równości polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących⁵⁵. Radca prawny zawieszający działalność prowadzoną w formie kancelarii znajduje się bowiem – mając na uwadze brak uzyskiwania przez niego dochodu – w identycznej sytuacji jak podmiot, który tę działalność likwiduje. Rekompensata utraconego zarobku stanowi zaś – jak już podniesiono to powyżej – *ratio legis* ustalenia opisanych powyżej świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością. Brak jest zatem uzasadnienia, aby opisane powyżej sytuacje traktować w sposób odmienny.

W orzecznictwie podnosi się również, że za szerokim rozumieniem przepisów regulujących przyznanie świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością przemawia wykładnia prokonstytucyjna. Należy uznać, że zasada sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) oraz zasada obowiązku udzielania szczególnej pomocy rodzinom znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej (art. 71 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji RP) i osobom z niepełnosprawnością (art. 69 Konstytucji RP) nakazują wyklądać przepisy regulujące przyznanie tych świadczeń, tak by wspierać osoby podejmujące się opieki nad osobą z niepełnosprawnością i, w konsekwencji, nie przyjmować formalistycznego rozumienia przesłanki rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej jako warunku uzyskania analizowanych świadczeń⁵⁶.

5. Podsumowanie i wnioski

Analiza przywołanych powyżej przepisów wskazuje, że zawieszenie przez radcę prawnego działalności zawodowej prowadzonej w formie kancelarii prawnej wypełnia przesłankę rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. Jeśli zatem osoba taka nie podejmuje innego zatrudnienia lub pracy zarobkowej, to – przy zastrzeżeniu spełniania pozostałych przesłanek ustawowych – możliwe jest ustalenie na jej rzecz jednego z opisanych powyżej świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością. W trakcie zawieszenia działalności zawodowej prowadzonej w formie kancelarii prawnej radca prawny nie prowadzi bowiem działalności zawodowej i nie uzyskuje z tego tytułu dochodów, a istota świadczeń dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością sprowadza się do zrekompensowania zarobku utraconego w związku ze sprawowaniem opieki. W związku z powyższym – w kontekście weryfikacji przesłanki rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej – nie może mieć znaczenia okoliczność, że w trakcie zawieszenia

⁵⁵ Zob.: wyrok TK z 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, nr 1, poz. 1. Por. też: wyrok TK z 6 maja 1998 r., K 37/97, OTK 1998, nr 3, poz. 33; wyrok TK z 20 października 1998 r., K 7/98, OTK 1998, nr 6, poz. 96; wyrok TK z 17 maja 1999 r., P 6/98, OTK 1999, nr 4, poz. 76; wyrok TK z 4 stycznia 2000 r., K 18/99, OTK 2000, nr 1, poz. 1; wyrok TK z 18 grudnia 2000 r., K 10/00, OTK 2000, nr 8, poz. 298; wyrok TK z 21 maja 2002 r., K 30/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 32; wyrok TK z 28 maja 2002 r., P 10/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 35 oraz wyrok TK z 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK-A 2014, nr 3, poz. 32.

⁵⁶ Zob. wyrok NSA z 26 stycznia 2022 r., I OSK 923/21, LEX nr 3322769.

działalności prowadzonej w formie kancelarii prawnej radca prawny jest zobligowany podejmować pewne czynności typowe dla przedsiębiorcy. Przyjęcie odmiennej wykładni przedstawionych regulacji jest bowiem trudne do pogodzenia z założeniami systemu świadczeń opiekuńczych, a także przywołanymi powyżej zasadami ujętymi w Konstytucji RP.

Bibliografia

Literatura

- Koroluk S., *Cechy działalności gospodarczej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] A. Powalowski, S. Koroluk, *Podejmowanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Małysa-Sulińska K., *Ekspertyza prawna dotycząca rozwiązań normatywnych w zakresie przesłanki ustalenia prawa do świadczenia dla opiekuna osoby z niepełnosprawnością, odnoszącej się do niepodjęcia albo rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej*, Kancelaria Senatu 2022.
- Małysa-Sulińska K., *Wygaśnięcie decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jako przesłanka ustalenia prawa do zasiłku dla opiekuna*, „Casus” 2015, nr 76.
- Mihułka T., Warchoń M., *Ustawa – Prawo przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu*, red. A. Borkowski, dodatek do „Dziennika Gazety Prawnej”, Warszawa 2018.
- Piszcz A., *Zawieszenie i wznowienie wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 10.
- Powalowski A., *Ocena regulacji prawnej zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, nr 2A.
- Powalowski A., *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej*, [w:] *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, red. A. Powalowski, Warszawa 2015.
- Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, red. K. Małysa-Sulińska, A. Kawecka, J. Sapeta, Warszawa 2015.
- Walaszek-Pyziół A., *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994.
- Waligórski M.A., *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznowiania wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 8.
- Świadczenia rodzinne. Komentarz*, red. P. Rączka i in., Warszawa 2021.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 13 sierpnia 2021 r. w sprawie wysokości dochodu rodziny albo dochodu osoby uczącej się stanowiących podstawę ubiegania się o zasiłek rodzinny i specjalny zasiłek opiekuńczy, wysokości świadczeń rodzinnych oraz wysokości zasiłku dla opiekuna (Dz.U. z 2021 r. poz. 1481).
- Ustawa z 23 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 615 ze zm.).
- Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2012 r. poz. 788 ze zm.).
- Ustawa z 4 kwietnia 2014 r. o ustaleniu i wypłacie zasiłków dla opiekunów (Dz.U. z 2014 r. poz. 567).

- Ustawa z 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 823 ze zm.).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.).
- Ustawa z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.).
- Ustawa z 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 1548 ze zm.).
- Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2022 r. poz. 447).

Orzeczenia

- Wyrok TK z 17 maja 1999 r., P 6/98, OTK 1999, nr 4, poz. 76.
- Wyrok TK z 18 grudnia 2000 r., K 10/00, OTK 2000, nr 8, poz. 298.
- Wyrok TK z 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK-A 2014, nr 3, poz. 32.
- Wyrok TK z 20 października 1998 r., K 7/98, OTK 1998, nr 6, poz. 96.
- Wyrok TK z 21 maja 2002 r., K 30/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 32.
- Wyrok TK z 21 października 2014 r., K 38/13, OTK-A 2014 nr 9 poz. 104.
- Wyrok TK z 28 maja 2002 r., P 10/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 35.
- Wyrok TK z 4 stycznia 2000 r., K 18/99, OTK 2000, nr 1, poz. 1.
- Wyrok TK z 5 grudnia 2013 r., K 27/13, Dz.U. poz. 1557.
- Wyrok TK z 6 maja 1998 r., K 37/97, OTK 1998, nr 3, poz. 33.
- Wyrok TK z 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, nr 1, poz. 1.
- Wyrok NSA z 10 sierpnia 2020 r., I OSK 467/20, LEX nr 3046201.
- Wyrok NSA z 16 listopada 2006 r., II FSK 1375/05, LEX nr 291825.
- Wyrok NSA z 20 września 2007 r., II FSK 1028/06, LEX nr 377519.
- Wyrok NSA z 26 stycznia 2022 r., I OSK 923/21, LEX nr 332276.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z 4 sierpnia 2016 r., I SA/Wr 483/16, LEX nr 2100254.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z 9 stycznia 2020 r., IV SA/Wr 445/19, LEX nr 3010895.
- Wyrok WSA w Białymstoku z 19 lutego 2019 r., II SA/Bk 820/18, LEX nr 2636594.
- Wyrok WSA w Gdańsku z 27 stycznia 2016 r., I SA/Gd 1725/15.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 10 lipca 2021 r., II Sa/Gl 569/21, LEX nr 3225838.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 10 września 2021 r., II SA/Gl 569/21, LEX nr 3225838.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 25 listopada 2019 r., II SA/Gl 970/19, LEX nr 2761325.
- Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 2 września 2021 r., II SA/Go 568/21, LEX nr 3225411.
- Wyrok WSA w Kielcach z 11 marca 2010 r., I SA/Ke 131/10.
- Wyrok WSA w Krakowie z 24 czerwca 2008 r., I SA/Kr 671/07.
- Wyrok WSA w Poznaniu z 25 maja 2017 r., III SA/Po 150/17, LEX nr 2306735.
- Wyrok WSA w Warszawie z 27 lutego 2019 r., I SA/Wa 2234/18, LEX nr 3012798.
- Wyrok WSA w Warszawie z 27 września 2012 r., I SA/Wa 1596/12, LEX nr 1232715.
- Wyrok WSA w Warszawie z 29 października 2008 r., III SA/Wa 962/08.
- Wyrok WSA w Łodzi z 17 stycznia 2019 r., II SA/Łd 1058/18, LEX nr 2619142.
- Wyrok WSA w Łodzi z 29 stycznia 2021 r., II SA/Łd 337/20, LEX nr 3121137.

Monika Florczak-Wątor¹

Uniwersytet Jagielloński

ORCID ID: 0000-0002-4324-5652

O NIEKONSTYTUCYJNOŚCI ZASAD WYNAGRADZANIA RADCÓW PRAWNYCH ŚWIADCZĄCYCH POMOC PRAWNĄ Z URZĘDU I WYNIKAJĄCYCH Z TEGO SKUTKACH PRAWNYCH

ABSTRAKT

Artykuł wyjaśnia powody, dla których zasady wynagradzania radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu nie spełniają standardów konstytucyjnych, a także wskazuje wynikające z tego skutki prawne. Autorka dochodzi do wniosku, że zróżnicowanie wynagrodzeń radców prawnych z urzędu i z wyboru za te same czynności podejmowane w ramach udzielanej pomocy prawnej jest niekonstytucyjne, zwłaszcza w świetle wniosków wynikających z analizy wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19. Artykuł analizuje również możliwe sposoby usuwania wspomnianej niekonstytucyjności w procesie sądowego stosowania prawa, które mogą mieć znaczenie, zanim zgodność z Konstytucją zasad wynagradzania radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu zostanie wprowadzona przez ustawodawcę.

Słowa kluczowe: stawki, niekonstytucyjność, radca prawny, pomoc z urzędu, proces sądowy

¹ Prof. dr hab., profesor zwyczajny nauk prawnych w Katedrze Prawa Konstytucyjnego WPiA UJ, kierownik Centrum Interdyscyplinarnych Studiów Konstytucyjnych UJ, radca prawny Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie, autorka licznych publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego, sądownictwa konstytucyjnego i praw człowieka.

1. Wstęp

Pomoc prawna z urzędu to instytucja wprost przewidziana w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, który gwarantuje każdemu, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, prawo do obrony we wszystkich stadiach tego postępowania, w tym również prawo do korzystania z obrońcy z urzędu na zasadach określonych w ustawie². Tak wąskie uregulowanie pomocy prawnej z urzędu nie oznacza, że poza postępowaniem karnym instytucja ta nie znajduje uzasadnienia w normach, zasadach i wartościach konstytucyjnych. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie, „problem pomocy prawnej dla osób ubogich ma rangę konstytucyjną oraz rangę wynikającą z wiążących Polskę międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka. Nie dotyczy to tylko spraw karnych, lecz wszystkich spraw rozpoznawanych przez sądy”³. Tego rodzaju pomoc prawna jest istotna z punktu widzenia gwarantowanego każdemu prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji), a także zapobiegania zamykaniu drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw (art. 77 ust. 2 Konstytucji)⁴. Zapewnienie obywatelom pomocy prawnej z urzędu powinno być również postrzegane jako element spoczywającego na państwie obowiązku zagwarantowania im bezpieczeństwa (art. 5 Konstytucji), a konkretnie poczucia bezpieczeństwa prawnego w sytuacji, w której nie znają oni prawa i nie mają możliwości pokrycia kosztów pomocy prawnej profesjonalnego pełnomocnika⁵. Teza ta znajduje swoje wsparcie w utrwalonym orzecznictwie TK, z którego wynika, że „zapewnienie pomocy prawnej osobom, których ze względu na sytuację materialną nie stać na ponoszenie kosztów tej pomocy, należy do obowiązków władzy publicznej. Stanowi to jedną z gwarancji urzeczywistnienia konstytucyjnego prawa do sądu”⁶. Pomoc prawna z urzędu może być również traktowana jako forma przeciwdziałania społecznemu wykluczeniu przez prawo osób, które nie mają dostępu do wiedzy eksperckiej z zakresu prawa, a tym samym jako forma realizacji w praktyce zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 2 Konstytucji)⁷ oraz zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Jak podkreśla TK, „instytucja pomocy prawnej świadczonej z urzędu, jak i zwolnienia od kosztów sądowych mają w swej istocie łączyć skutki nierówności ekonomicznej podmiotów, gwarantując im jednakowy dostęp do sądu”⁸. Z kolei z punktu widzenia profesjonalnych pełnomocników procesowych, w tym radców prawnych, problematyka pomocy prawnej z urzędu

2 Więcej na ten temat zob. M. Zubik, *Konstytucyjne aspekty prawa wyboru obrony i obrońcy w sprawach karnych w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 11 n.; P. Wiliński, *Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym*, „Palestra” 2007, nr 5–6, s. 40 n.

3 Wyrok TK z 29 sierpnia 2006 r., SK 23/05.

4 Zob. wyrok TK z 16 czerwca 2008 r., P 37/07.

5 Bezpieczeństwo prawne rozumiane jako poczucie stabilności sytuacji prawnej ściśle wiąże się również z zasadą pewności prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Zob. *Argumenty i rozmowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021, s. 250.

6 Postanowienie TK z 18 listopada 2014 r., Ts 263/13.

7 Zob. wyrok z 29 sierpnia 2006 r., SK 23/05.

8 Wyrok TK z 16 czerwca 2008 r., P 37/07.

może być analizowana pod kątem wolności wykonywania przez nich zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji), w tym dopuszczalności ograniczania tej wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), oraz z uwzględnieniem specyfiki zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji).

Celem niniejszego artykułu jest analiza tylko jednego aspektu instytucji pomocy prawnej z urzędu, a mianowicie kwestii wynagradzania radców prawnych świadczących taką pomoc. Jest to zagadnienie od lat szeroko komentowane zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w dyskursie publicznym. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na kompleksowe podejście do całej gamy problemów, które wiążą się z niskimi stawkami wynagrodzeń pełnomocników z urzędu, ich uregulowaniem w rozporządzeniu w sposób wykraczający poza ramy delegacji ustawowej czy przerzucaniem na korporacje prawnicze ciężaru finansowania pomocy prawnej dla osób ubogich. Do bardziej szczegółowej analizy wybrano tylko jeden problem, a mianowicie ten dotyczący dopuszczalności różnicowania zasad ustalania wynagrodzeń radców prawnych. W pierwszej części artykułu będą zatem starała się wykazać, że naruszeniem konstytucyjnej zasady równości jest ustanowienie stawek dla radców prawnych z urzędu na niższym poziomie niż analogicznych stawek dla radców prawnych z wyboru. W drugiej części artykułu zwrócę uwagę na możliwość pomijania przez sądy wątpliwych konstytucyjnie przepisów rozporządzenia dotyczącego stawek dla radców prawnych z urzędu oraz zasadność ustalania ich wynagrodzenia w oparciu o analogiczne rozporządzenie dotyczące stawek dla radców prawnych z wyboru.

2. Prawna regulacja zasad ustalania wysokości stawek radców prawnych

Koszty pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego z urzędu ponosi co do zasady Skarb Państwa⁹. Szczegółowe zasady ponoszenia tych kosztów określa w rozporządzeniu Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych, uwzględniając sposób ustalania tych kosztów, wydatki stanowiące podstawę ich ustalania oraz maksymalną wysokość opłat za udzieloną pomoc. Z obecnie obowiązującego rozporządzenia¹⁰ wynika, że koszty nieopłaconej pomocy prawnej ponoszonej przez Skarb Państwa obejmują opłatę ustaloną zgodnie z przepisami tego rozporządzenia oraz niezbędne i udokumentowane wydatki radcy prawnego ustanowionego z urzędu. Jednocześnie § 4 ust. 1 rozporządzenia limituje wysokość tych wydatków, wskazując, że opłata ustalana jest w wysokości określonej w dalszych przepisach rozporządzenia i w granicach wyznaczonych przez wartość przedmiotu sprawy. Natomiast możliwość ustalenia opłaty w wysokości podwyższonej do 150% opłat przewiduje § 4 ust. 2 rozporządzenia, pozostawiając jednak tę kwestię do rozstrzygnięcia sądowni, a dodatkowo

⁹ Art. 22³ ust. 1 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r., poz. 75).

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz.U. z 2019 r., poz. 68, ze zm.); dalej jako: rozporządzenie z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z urzędu.

uzależniając możliwość zasądzenia takiej podwyższonej opłaty od pojawiania się szczególnie uzasadnionych powodów po stronie radcy prawnego (w postaci ponadstandardowego nakładu pracy lub przyczynienia się do wyjaśnienia sprawy) albo szczególnego charakteru sprawy (w postaci wyższej wartości jej przedmiotu lub większego stopnia jej zawilości).

Z kolei stawki wynagrodzeń radcy prawnego z wyboru reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości wydane na podstawie art. 22⁵ ust. 3 ustawy o radcach prawnych¹¹. Określa ono stawki minimalne oraz wysokość opłat za czynności radców prawnych przed organami wymiaru sprawiedliwości. Porównanie stawek i opłat z tego rozporządzenia z opłatami z rozporządzenia regulującego wynagrodzenie radców prawnych ustanowionych z urzędu prowadzi do wniosku, że w rozporządzeniu dotyczącym wynagrodzeń radców prawnych z wyboru część stawek jest wyższa. Dotyczy to zarówno stawek i opłat zależnych od wartości przedmiotu sporu, jak również stawek i opłat ustalonych dla poszczególnych czynności. Przykładowo opłata dla radcy prawnego prowadzącego z urzędu sprawę o rozwód czy unieważnienie małżeństwa wynosi 360 zł, a stawka minimalna w tej sprawie dla radcy prawnego z wyboru jest dwukrotnie wyższa. To prowadzi do wniosku, że już na etapie ustalania wysokości wynagrodzenia za te same czynności ustawodawca wprowadził zróżnicowanie w zależności od tego, czy pełnomocnik ustanowiony został z urzędu, czy pochodzi z wyboru. Drugi wniosek natomiast jest taki, że opłaty dla radcy prawnego z urzędu przyznawane na podstawie rozporządzenia z 2016 r. zostały ustanowione poniżej stawek minimalnych zagwarantowanych radcy prawnemu z wyboru w rozporządzeniu z 2015 r.

Dodatkową regulacją wpływającą na zróżnicowanie wynagrodzenia radców prawnych z urzędu i z wyboru są przepisy przewidujące możliwość przyznania wynagrodzenia w wymiarze wyższym niż standardowy. We wspomnianym wcześniej rozporządzeniu z 2015 r. przewidziano maksymalny pułap takiego podwyższonego wynagrodzenia w postaci 150% opłat określonych w przepisach tego rozporządzenia. Z kolei w przypadku radców prawnych z wyboru kwestię tę reguluje nie rozporządzenie, lecz ustawa, a konkretnie art. 22⁵ ust. 2 ustawy o radcach prawnych, z którego wynika, że sąd może podwyższyć opłatę należną radcy prawnemu z wyboru do sześciokrotności stawki minimalnej określonej w rozporządzeniu z 2015 r., jeśli jest to uzasadnione rodzajem i zawilnością sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy radcy prawnego.

Tego rodzaju zróżnicowanie wynagrodzenia za pomoc prawną udzieloną przez radcę prawnego z urzędu i z wyboru przy jednoczesnym ustaleniu stawek dla tego pierwszego poniżej stawek minimalnych dla tego drugiego budzi poważne wątpliwości konstytucyjne z punktu widzenia różnych wzorców kontroli. Niewątpliwie pojawia się problem dotyczący zasady równości (art. 32 Konstytucji), bowiem zróżnicowanie dotyczy podmiotów posiadających tę samą cechę istotną, tj. radców prawnych świadczących pomoc prawną i wykonujących te same czynności. Dodatkowo rozwiązania te budzą wątpliwości z uwagi na daleko idące ograniczenia praw konstytucyjnych pełnomocników

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 265, ze zm.); dalej jako: rozporządzenie z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z wyboru.

z urzędu, w tym ograniczenia prawa własności (art. 64 Konstytucji), wolności wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji) oraz prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach (art. 60 Konstytucji). Dalsze rozważania, jak wynika z tytułu opracowania i z powodów wyjaśnionych we wstępie, będą jednak dotyczyć wyłącznie oceny zgodności analizowanej regulacji prawnej z konstytucyjną zasadą równości.

3. Prawo do równego traktowania

Zasada równości ma swoje umocowanie w wielu przepisach konstytucyjnych, które w sposób bezpośredni lub pośredni odwołują się do idei równego traktowania podmiotów podobnych¹². Przepisem w sposób najbardziej kompleksowy wyznaczającym treść tej zasady jest art. 32 Konstytucji, który nie tylko zasadę równości statuuje, ale również zawiera uzupełniający ją zakaz dyskryminacji¹³. Dla potrzeb niniejszej analizy warto wspomnieć również o art. 60 Konstytucji, który gwarantuje obywatelom polskim korzystającym z pełni praw publicznych prawo dostępu do służby publicznej „na jednakowych zasadach”. Nakaz jednakowego traktowania podmiotów podobnych obowiązuje również w czasie stanów nadzwyczajnych. Artykuł 233 ust. 2 Konstytucji stanowi, że w czasie stanu nadzwyczajnego niedopuszczalne jest ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela wyłącznie z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku. Regulacja ta wymienia zatem zakazane kryteria dyskryminacyjne, czego nie czyni wspomniany wyżej art. 32 Konstytucji, zakazując dyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny”.

Ten ostatni przepis ustanawia wymóg równego traktowania wszystkich przez władze publiczne¹⁴. Jak wyjaśnił TK w orzeczeniu z 9 marca 1988 r., U 7/87, zasada równości polega na tym, że „wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”. Z zasady tej wynika zatem nakaz jednakowego traktowania podmiotów podobnych¹⁵, a kryterium decydującym o owym podobieństwie jest posiadanie przez porównywane podmioty cechy istotnej (relewantnej) z punktu widzenia danej regulacji prawnej. W przypadku radców prawnych taką cechą istotną z punktu widzenia regulacji prawnej określającej wysokość należnego im wynagrodzenia jest świadczenie

¹² Na temat rozwoju tej idei zob. J. Zajadło, *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 11–29; *Argumenty i rozumowania...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, s. 1042–1044.

¹³ Zakaz dyskryminacji to zakaz odmiennego i nieuzasadnionego konstytucyjnie traktowania podmiotów podobnych. Zob. np. wyroki TK: z 23 marca 2006 r., K 4/06; z 15 lipca 2010 r., K 63/07; z 5 lipca 2011 r., P 14/10.

¹⁴ Zob. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 120–121; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021, s. 112–113.

¹⁵ Bardziej sporne jest to, czy z zasady równości wynika również zakaz jednakowego traktowania podmiotów różnych, które nie posiadają tej samej cechy istotnej (relewantnej) z punktu widzenia danej regulacji prawnej.

tych samych czynności pomocy prawnej, za które to czynności owo wynagrodzenie jest należne. Cechą istotną (relewantną) z punktu widzenia regulacji prawnej dotyczącej wysokości wynagrodzeń należnych pełnomocnikom nie jest natomiast sposób ich ustanowienia, zwłaszcza że nie wpływa on ani na zakres czynności, które mogą oni wykonywać w ramach swojego umocowania, ani na sposób wykonywania tych czynności. To zaś oznacza, że pełnomocnikom wykonującym te same czynności w ramach udzielanej pomocy prawnej, niezależnie od tego, czy są oni ustanowieni z urzędu, czy z wyboru, przysługiwać powinno to samo wynagrodzenie. Tymczasem przepisy rozporządzeń z 2015 i 2016 r. dotyczące wynagrodzeń odpowiednio radców prawnych z wyboru i z urzędu różnicują stawki możliwych wynagrodzeń, ustalając je na poziomie znacznie niższym w przypadku radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu.

Zasada równości nie ma charakteru bezwzględny i w pewnych sytuacjach możliwe jest różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych¹⁶. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika jednak, że wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą być uzasadnione, a przemawiające za wprowadzeniem tych odstępstw argumenty muszą mieć charakter relewantny, a więc powinny pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią stosownych przepisów. Innymi słowy, wprowadzane różnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony i nie mogą być dokonywane według dowolnie ustalonego kryterium¹⁷. Co więcej, argumenty na rzecz różnego traktowania podmiotów podobnych muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. I w końcu argumenty te muszą pozostawać w odpowiednim związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych. Różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych może być uznane za konstytucyjnie uzasadnione przykładowo wówczas, gdy pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnieniu tych zasad. W tym sensie można stwierdzić, że zasada równości w znacznym stopniu koresponduje z zasadą sprawiedliwości społecznej¹⁸.

Przenosząc te ustalenia na płaszczyznę wyżej zarysowanych rozważań, należy dojść do wniosku, że różnicowanie stawek wynagrodzeń dla radców prawnych z urzędu i z wyboru za wykonywanie tych samych czynności nie pozostaje w żadnym związku z celem i zasadniczą treścią przepisów regulujących zasady ustalania tych wynagrodzeń. Innymi słowy, nie ma racjonalnego uzasadnienia dla tego różnicowania. Nie jest spełniony również wymóg proporcjonalności argumentów, bowiem interes, któremu

16 Zob. M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5, s. 108–110; M. Kruk, *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 297–298; *Konstytucja...*, red. P. Tuleja, s. 120–121; L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 112–113.

17 Orzeczenie TK z 12 grudnia 1994 r., K 3/94. Zob. również S. Biernat, *Glosa do orzeczenia TK z 12 XII 1994, K 3/94*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 8, s. 102–106.

18 Na temat relacji zasady równości i zasady sprawiedliwości społecznej zob. np. wyroki TK: z 6 maja 1998 r., K 37/97; z 20 października 1998 r., K 7/98.

ma służyć to zróżnicowanie, nie jest jasny, a zatem trudno ustalić jego wagę oraz relację do interesów radców prawnych świadczących pomoc prawną z urzędu w uzyskaniu odpowiedniego wynagrodzenia za swoją pracę, które to interesy niewątpliwie zostaną naruszone w wyniku ich nierównego potraktowania w stosunku do radców prawnych świadczących pomoc prawną z wyboru. I w końcu zróżnicowanie w tej sprawie nie jest uzasadnione w świetle wartości, zasad i norm konstytucyjnych, w tym również w świetle wcześniej już wspomnianej zasady sprawiedliwości społecznej.

4. Znaczenie orzeczenia niekonstytucyjności analogicznej regulacji prawnej dotyczącej adwokatów

Problem zgodności z Konstytucją przepisów regulujących stawki wynagrodzeń pełnomocników ustanowionych z urzędu był już rozstrzygnięty przez TK w sprawie, w której kontroli poddano analogiczne do obecnie rozważanych regulacje dotyczące stawek adwokackich. W wyroku z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, Trybunał stwierdził, że § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (dalej: rozporządzenie z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia adwokata z urzędu)¹⁹ jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 zdanie drugie i art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji. Orzeczenie to dotyczyło przepisu, który miał treść co do istoty zbieżną z tą posiadaną przez rozważany obecnie § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z urzędu.

W sprawie tej TK dokonał merytorycznego rozstrzygnięcia dwóch zarzutów, z których pierwszy dotyczył nierównego traktowania adwokatów z urzędu i wyboru w zakresie ochrony przysługującego im prawa własności w postaci należnego im wynagrodzenia, a drugi – uregulowania w rozporządzeniu materii wychodzącej poza zakres upoważnienia ustawowego, które nie przewidywało możliwości różnicowania wynagrodzeń adwokatów przez Ministra Sprawiedliwości. Z punktu widzenia tematyki tego opracowania pierwszy z tych zarzutów ma szczególnie istotne znaczenie. Prawo do równego traktowania było w ramach tego zarzutu rozważane w powiązaniu z prawem do własności, postępowanie bowiem w tej sprawie zostało wszczęte skargą konstytucyjną, a z utrwalonego orzecznictwa TK wynika, że art. 32 Konstytucji nie może być samodzielny wzorcem kontroli w postępowaniu skargowym²⁰. Trybunał stwierdził, że adwokaci, niezależnie od tego, czy udzielają pomocy z urzędu, czy z wyboru, stanowią grupę podmiotów podobnych z punktu widzenia celu i treści analizowanej regulacji, a zatem powinni być traktowani tak samo. Różnicowanie podmiotów podobnych jest

¹⁹ Dz.U. poz. 1801. Rozporządzenie to weszło w życie 1 stycznia 2016 r. i obowiązywało do 2 listopada 2016 r., tj. do dnia jego uchylenia przez § 23 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2019 r. poz. 18), które obecnie obowiązuje.

²⁰ Zob. postanowienie TK z 24 października 2010 r., SK 10/01.

dopuszczalne wówczas, gdy wprowadzane jest w oparciu o kryterium, które pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji, a także w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych, a ponadto gdy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania. W tej sprawie TK podkreślił, że „nie dostrzega żadnych wartości konstytucyjnych, którym miała służyć badana regulacja. Co więcej, w ocenie Trybunału brak jakichkolwiek racjonalnych argumentów (nie tylko konstytucyjnych), które uzasadniałyby dyskryminujące traktowanie pełnomocników w zależności od tego, czy działają oni z wyboru, czy też zostali ustanowieni z urzędu”.

Warto również wspomnieć, że kilka dni po ogłoszeniu tego orzeczenia TK wydał postanowienie z 29 kwietnia 2020 r., S 1/20, w którym zasygnalizował Ministrowi Sprawiedliwości konieczność usunięcia uchybień nie tylko w § 4 ust. 2 rozporządzenia z 2016 r. dotyczącego wynagrodzeń adwokatów z urzędu, ale również § 4 ust. 2 rozporządzenia z 2016 r. dotyczących wynagrodzeń radców prawnych z urzędu, wskazując, że uchybienia te polegają na „bezpodstawnym zróżnicowaniu zasad podwyższania wynagrodzenia pełnomocnikom ustanowionym z urzędu w porównaniu do pełnomocników ustanowionych z wyboru”. W uzasadnieniu tego postanowienia TK stwierdził, że powody, dla których orzeczono niekonstytucyjność rozporządzenia dotyczącego wynagrodzenia adwokatów z urzędu, „pozostają aktualne odpowiednio w odniesieniu do radców prawnych”, zwracając jednocześnie uwagę na konieczność „wyeliminowania z porządku prawnego regulacji, które – w swej istocie w sposób dyskryminujący dla pełnomocników ustanowionych z urzędu regulują kwestię ich podwyższonego wynagrodzenia”. To postanowienie sygnalizacyjne, mimo bardzo konkretnych uwag i zastrzeżeń, które zostały w nim zawarte, do dziś nie zostało wykonane.

Z kolei wspomniany wcześniej wyrok TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, spowodował utratę mocy obowiązującej przepisu, który w tej sprawie był poddany kontroli, a mianowicie § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia adwokata z urzędu. Choć przedmiotem kontroli *de facto* była norma wynikająca z tego przepisu, to stwierdzenie niekonstytucyjności tej normy nie pozbawiło bytu prawnego tak samo brzmiących norm zawartych w przepisach, które nie były przedmiotem kontroli. Taka teza wynika z utrwalonego orzecznictwa TK, który stoi na stanowisku, że zbieżność treści normatywnych lub podobieństwo przepisów prawnych nie oznacza możliwości rozciągania skutków prawnych niekonstytucyjności przepisu poddanego kontroli na przepisy, które nie były przez TK kontrolowane²¹. Dotyczy to również analizowanego w tym artykule § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z urzędu, który to przepis nie może być uznany za pozbawiony mocy obowiązującej w następstwie wejścia w życie wyroku TK o sygn. SK 66/19.

Skutkiem tego ostatniego wyroku jest jednak utrata domniemania konstytucyjności normy zawartej w § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia

²¹ Zob. wyrok TK z 18 lipca 2012 r., K 14/12. Zob. jednak również odmienne stanowisko zaprezentowane w wyrokach SN: z 25 czerwca 2020 r., I NO 37/20, z 17 marca 2016 r., V CSK 377/15, z 202018 r., V CSK 230/17.

adwokata z urzędu, która to norma znajduje się również w § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z urzędu²². To oznacza, że ten ostatni przepis również utracił donniemanie konstytucyjności w następstwie wejścia w życie wyroku TK o sygn. SK 66/19. Okoliczność ta ma kluczowe znaczenie dla możliwości jego dalszego stosowania w procesie orzekania przez sądy.

5. Usuwanie niekonstytucyjności w procesie sądowego stosowania prawa

W obecnie obowiązującym stanie prawnym, w którym w porządku prawnym pozostaje przepis zawierający normę tożsamą z normą zawartą w przepisie uznanym przez TK za niekonstytucyjny, istotne znaczenie ma ranga tego przepisu. Regulacjami podstawowymi sędziowie nie są związani w procesie orzekania (art. 178 ust. 1 Konstytucji). Stąd też powszechnie przyjmuje się, że niekonstytucyjne przepisy rozporządzenia sędziego może, a nawet powinien pomijać, rozpatrując daną sprawę²³. Takie stanowisko od lat jest prezentowane w orzecznictwie TK. Już w postanowieniu z 19 lutego 1997 r., U 7/96, TK wyraźnie wskazał, że każdy sąd jest powołany do samodzielnego oceniania zgodności aktów podstawowych z Konstytucją i ustawą, a w razie stwierdzenia ich niezgodności – także do odmowy ich stosowania. Podobnie w wyroku z 8 listopada 2016 r., P 126/15, TK stwierdził, że sędzia w procesie orzekania podlega Konstytucji i ustawom, jeśli zaś chodzi o rozporządzenia, to zachowuje prawo do samodzielnej oceny ich konstytucyjności²⁴. Także SN stoi na stanowisku, że badając konstytucyjność przepisu niższego rzędu niż ustawa, sędziowie mogą samodzielnie decydować w kwestii stosowania tego przepisu i nie muszą występować do Trybunału Konstytucyjnego o rozstrzygnięcie wątpliwości w tym zakresie²⁵.

Odmowa zastosowania przepisu niekonstytucyjnego rodzi zawsze pytanie o to, jaki inny przepis należy zastosować w miejsce tego, który zastosowany być nie może. Ta kwestia pojawiła się w orzecznictwie sądowym w krótkim czasie po ogłoszeniu wspomnianego wyroku TK stwierdzającego niekonstytucyjność § 4 ust. 1 rozporządzenia z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia adwokata z urzędu. W postanowieniu z 2 czerwca 2020 r., II CSK 488/19, SN ustalił koszty pełnomocnika z urzędu z uwzględnieniem wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, co w praktyce oznaczało zastosowanie stawki wynikającej

²² Na temat donniemanie konstytucyjności zob. *Argumenty i rozumowania...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, s. 861–877; A. Dębowska, M. Florczak-Wątor, *Donniemanie konstytucyjności ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 2, s. 5–37; M. Gutowski, P. Kardas, *Donniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 44–62; P. Radziejewicz, *Wzruszenie „donniemanie konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 55–86.

²³ Zob. L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” nr 2016, nr 7–8, s. 15; P. Jabłońska, *Konstytucyjne podstawy rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 11–12, s. 26.

²⁴ Podobnie zob. postanowienie TK z 4 lutego 1998 r., Ts 1/97.

²⁵ Zob. wyroki SN: z 26 września 2007 r., III KK 206/07; z 9 czerwca 2005 r., V KK 41/05; z 28 maja 2009 r., II KK 334/08. Zob. jednak idące w odmiennym kierunku i oczekujące obecnie w TK na rozpoznanie wnioski Prezesa Rady Ministrów i Marszałka Sejmu w sprawach K 18/20 i K 21/20.

z rozporządzenia z 2015 r. dotyczącego wynagrodzenia adwokatów z wyboru. Takie stanowisko SN zajął również w kolejnych orzeczeniach²⁶. W postanowieniu z 7 stycznia 2021 r., I CSK 598/20, SN wyjaśnił, że „analiza statusu adwokatów i radców prawnych oraz ich roli w postępowaniu, w którym występują jako podmioty powołane i zobowiązane do zastępstwa prawnego, prowadzi do uznania, że różnicowanie ich wynagrodzenia, tj. obniżenie pełnomocnikom z urzędu wynagrodzenia, które otrzymaliby, gdyby występowali w sprawie jako pełnomocnicy z wyboru, nie ma konstytucyjnego uzasadnienia”.

Po tym wyroku SN również inne sądy zaczęły przyznawać pełnomocnikom z urzędu wynagrodzenie na podstawie rozporządzenia dotyczącego wynagrodzenia pełnomocników z wyboru. Choć ta linia orzecznicza nie jest jeszcze jednolita, utrwalona i upowszechniona²⁷, to jednak można uznać, że to stanowisko zakładające konieczność pomijania wątpliwych konstytucyjnie przepisów dotyczących zasad wynagradzania pełnomocników z urzędu zaczyna w judykaturze dominować. Dobrym przykładem rozstrzygnięcia ilustrującego to podejście może być wyrok z 31 marca 2021 r., IV Ka 85/21, w którym Sąd Okręgowy w Szczecinie doszedł do wniosku, że rozporządzenie z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia dla adwokata z urzędu jest niekonstytucyjne z tych samych powodów, które przesądziły o stwierdzeniu przez TK niekonstytucyjności rozporządzenia z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia adwokata z urzędu. Sąd okręgowy podkreślił, że „w pełni podziela sugestię TK zawartą w postanowieniu sygnalizacyjnym z 29 kwietnia 2020 r., S 1/20, że § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu prowadzi do bezpodstawnego zróżnicowania zasad podwyższania wynagrodzenia pełnomocnikom ustanowionym z urzędu w porównaniu do pełnomocników ustanowionych z wyboru”. Uznał jednocześnie, że każdy sąd powszechny, decydując się na kontrolę konstytucyjności prawa, powinien kierować się przyjętymi w orzecznictwie TK regułami dotyczącymi zasad tej kontroli, a więc również regułą, zgodnie z którą przesądzenie o niekonstytucyjności normy prawnej w jednej sprawie wiąże TK w każdej kolejnej sprawie, w której jest badany kolejny przepis normę tę zawierający²⁸. W tej konkretnej sprawie za niekonstytucyjny sąd uznał mechanizm polegający na ustaleniu stawek minimalnych za obronę w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego na poziomie niższym niż stawki dla obrońcy z wyboru oraz na ustanowieniu górnego pułapu możliwego do zasądzenia wynagrodzenia, na poziomie 150% stawki minimalnej, uznając, że tego rodzaju mechanizm narusza wzorce konstytucyjne wskazane w wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19. Sąd Okręgowy w Szczecinie zastosował w tej sprawie wnioskowanie *per analogiam*, tj. wnioskowanie z norm o normach²⁹. Za pomocą tego mechanizmu wnioskowania sąd doszedł do przekonania,

26 Podobnie zob. np. postanowienia SN: z 30 listopada 2020 r., V CNP 15/20; z 15 listopada 2020 r., V CSK 71/20, z 15 września 2020 r., IV CSK 159/20, z 23 lipca 2020 r., III CZ 18/20, z 13 lipca 2020 r., IV CSK 746/19, z 30 czerwca 2020 r., V CZ 87/19, z 15 grudnia 2020 r., I CSK 438/20; z 30 listopada 2020 r., IV CSK 375/20.

27 Zob. np. wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 14 lipca 2020 r., IV Pa 42/20.

28 Wyrok TK z 19 kwietnia 2011 r., K 19/08.

29 W kwestii argumentu z analogii zob. *Argumenty i rozumowania prawnicze...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, s. 1052–1071; T. Barszcz, *Struktura argumentum a simili*, Lublin 2015; K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*, Katowice 2008; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966.

że wynagrodzenie dla adwokata z urzędu wobec niekonstytucyjności rozporządzenia, które wynagrodzenia tego dotyczy, należy ustalić w drodze analogii właśnie w oparciu o przepisy rozporządzenia regulującego wynagrodzenie dla adwokata z wyboru.

Analogiczny sposób argumentacji można przyjąć w odniesieniu do rozporządzenia z 2016 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z urzędu. Poważne wątpliwości co do zgodności z Konstytucją jego § 4, a także obalenie domniemania jego konstytucyjności na skutek wejścia w życie wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, powinny skłaniać sądy do odmowy stosowania przepisów tego rozporządzenia oraz ustalania wynagrodzeń dla radców prawnych z urzędu w oparciu o przepisy analogicznego rozporządzenia z 2015 r. w sprawie wynagrodzenia radcy prawnego z wyboru.

6. Podsumowanie

Zróznicowanie wynagrodzeń radców prawnych z urzędu i z wyboru za te same czynności podejmowane w ramach udzielanej pomocy prawnej budzi nie tylko poważne wątpliwości co do zgodności z Konstytucją, ale wręcz – w świetle przywołanego wyżej wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19 – pewność, że rozwiązanie to jest niekonstytucyjne. Podstawowa ranga przepisów zawierających te unormowania umożliwia sądom ich pomijanie oraz ustalanie wysokości wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu w oparciu o zasady dotyczące ustalania wynagrodzenia pełnomocnika z wyboru. Orzecznictwo sądowe już w chwili obecnej podąża w tym kierunku, co jednak nie uchyla ciężącego na Ministrze Sprawiedliwości obowiązku zmiany wadliwych konstytucyjnie przepisów. Ujednolicenie zasad ustalania wynagrodzeń pełnomocników z urzędu i z wyboru usunie problem naruszenia wymogu ich równego traktowania, co nie będzie jednak równoznaczne z wprowadzeniem stanu pełnej zgodności z Konstytucją. Nadal aktualne pozostaną bowiem wątpliwości, które w tym artykule nie były bliżej analizowane, a mianowicie te dotyczące ustalenia przez Ministra Sprawiedliwości wysokości wynagrodzeń radców prawnych na poziomie zbyt niskim, który nie uwzględnia realiów świadczenia przez nich pomocy prawnej i kosztów faktycznie w tym zakresie ponoszonych.

Bibliografia

Literatura

- Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021.
- Barszcz T., *Struktura argumentum a simili*, Lublin 2015.
- Biernat S., *Glosa do orzeczenia TK z 12 XII 1994, K 3/94*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 8.
- Dębowska A., Florczak-Wątor M., *Domniemanie konstytucyjności ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 2.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021.
- Garlicki L., *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8.
- Gutowski M., Kardas P., *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5.
- Jabłońska P., *Konstytucyjne podstawy rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 1–12.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
- Kruk M., *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006.
- Nowacki J., *Analogia legis*, Warszawa 1966.
- Radzewicz P., *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5.
- Szymanek K., *Argument z podobieństwa*, Katowice 2008.
- Wiliński P., *Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym*, „Palestra” 2007, nr 5–6.
- Zajadło J., *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6.
- Ziółkowski M., *Zasada równości w prawie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5.
- Zubik M., *Konstytucyjne aspekty prawa wyboru obrony i obrońcy w sprawach karnych w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1.

Akty prawne

- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 265, ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2015 r. poz. 1801).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2019 r. poz. 18).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75).

Orzecznictwo

Orzecznictwo TK

- Orzeczenie TK z 12 grudnia 1994 r., K 3/94.
- Orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., U 7/87.
- Postanowienie TK z 29 kwietnia 2020 r., S 1/20.
- Postanowienie TK z 18 listopada 2014 r., Ts 263/13.
- Postanowienie TK z 19 lutego 1997 r., U 7/96.
- Postanowienie TK z 24 października 2010 r., SK 10/01.
- Postanowienie TK z 4 lutego 1998 r., Ts 1/97.
- Wyrok TK z 15 lipca 2010 r., K 63/07.
- Wyrok TK z 16 czerwca 2008 r., P 37/07.
- Wyrok TK z 18 lipca 2012 r., K 14/12.
- Wyrok TK z 19 kwietnia 2011 r., K 19/08.
- Wyrok TK z 20 października 1998 r., K 7/98.
- Wyrok TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19.
- Wyrok TK z 23 marca 2006 r., K 4/06.
- Wyrok TK z 29 sierpnia 2006 r., SK 23/05.
- Wyrok TK z 5 lipca 2011 r., P 14/10.
- Wyrok TK z 6 maja 1998 r., K 37/97.

Orzecznictwo SN i innych sądów

- Postanowienie SN z 13 lipca 2020 r., IV CSK 746/19.
- Postanowienie SN z 15 grudnia 2020 r., I CSK 438/20.
- Postanowienie SN z 15 listopada 2020 r., V CSK 71/20.
- Postanowienie SN z 15 września 2020 r., IV CSK 159/20.
- Postanowienie SN z 23 lipca 2020 r., III CZ 18/20.
- Postanowienie SN z 30 czerwca 2020 r., V CZ 87/19.
- Postanowienie SN z 30 listopada 2020 r., IV CSK 375/20.
- Postanowienie SN z 30 listopada 2020 r., V CNP 15/20.
- Postanowienie SN z 7 stycznia 2021 r., I CSK 598/20.
- Wyrok SN z 17 marca 2016 r., V CSK 377/15.
- Wyrok SN z 20 lutego 2018 r., V CSK 230/17.
- Wyrok SN z 25 czerwca 2020 r., I NO 37/20.
- Wyrok SN z 26 września 2007 r., III KK 206/07.
- Wyrok SN z 28 maja 2009 r., II KK 334/08.
- Wyrok SN z 9 czerwca 2005 r., V KK 41/05.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 31 marca 2021 r., IV Ka 85/21.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 14 lipca 2020 r., IV Pa 42/20.

Piotr Ryłski¹

Uniwersytet Warszawski

ORCID ID: 0000-0002-5399-1624

ORZEKANIE O WYNAGRODZENIU PEŁNOMOCNIKA Z URZĘDU W POSTĘPOWANIU CYWILNYM – UWAGI *DE LEGE FERENDA*

ABSTRAKT

Prawo do udziału w postępowaniu sądowym pełnomocnika wyznaczonego dla strony z urzędu stanowi istotną gwarancję zapewnienia prawa do sądu dla osób niezamożnych. Ważnym elementem instytucji zastępstwa z urzędu jest kwestia finansowania tej części działalności adwokatów i radców prawnych. Od strony procesowej zagadnienie to dotyczy przede wszystkim sposobu orzekania o wynagrodzeniu i kosztach pełnomocnika z urzędu. W tym zakresie pomimo powolnych zmian polegających na odejściu od całkowitej nieodpłatności czynności pełnomocnika dokonywanych w ramach pomocy prawnej nadal brak spójnej i kompleksowej regulacji. Jak wskazano w niniejszym artykule, istnieją wciąż sytuacje, gdy pełnomocnik świadczący pomoc prawną z urzędu w postępowaniu cywilnym może nie uzyskać żadnego wynagrodzenia, gdyż Skarb Państwa tylko subsydiarnie odpowiada za te koszty. Ponadto uzyskanie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej trwa latami. W tym artykule podjęto jedno z zagadnień związanych z zastępstwem prawnym z urzędu w sprawach cywilnych, a mianowicie kwestię orzekania przez sąd o tym wynagrodzeniu. Impuls do podjęcia tego tematu dały m.in. liczne postulaty zmian w tym zakresie. W ostatnim czasie pojawiły

¹ Doktor habilitowany, profesor uczelni na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, radca prawny.

się także konkretne propozycje zmian na polu legislacyjnym. W związku z tym przedmiotem artykułu jest nie tylko zdiagnozowanie obecnego stanu prawa i orzecznictwa w odniesieniu do orzekania o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu, ale przede wszystkim odniesienie się do zgłaszanych propozycji i postawienie konkretnych postulatów na przyszłość.

Słowa kluczowe: postępowanie cywilne, pełnomocnik z urzędu, wynagrodzenie pełnomocnika, nieodpłatna pomoc prawna

I. Uwagi wstępne

Prawo do udziału w postępowaniu sądowym pełnomocnika wyznaczonego dla strony z urzędu stanowi istotną gwarancję zapewnienia prawa do sądu dla osób niezamożnych². Istnienie tej instytucji jest zatem konieczne w każdym demokratycznym systemie prawnym, nie tylko w sprawach karnych, ale także cywilnych. W Polsce instytucja ta znana jest od dawna³. W okresie międzywojennym wzorem rozwiązań austriackich była ona ujmowana wraz z instytucją zwolnienia od kosztów sądowych w ramach tzw. prawa ubogich⁴, czyli środków służących ochronie osób niezamożnych⁵. Formalne powiązanie pełnomocnictwa z urzędu z instytucją zwolnienia od kosztów sądowych trwało w Polsce w sprawach cywilnych aż do 2010 r.⁶, gdy doszło do umożliwienia stronie starania się o ustanowienie pełnomocnika z urzędu bez względu na to, czy strona ta uzyskała uprzednio zwolnienie od kosztów sądowych⁷.

2 K. Flaga-Gieruszyńska, *Idea pomocy prawnej z urzędu w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Aequitas sequitur legem. Księga jubileuszowa z okazji 75. urodzin Profesora Andrzeja Zielińskiego*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2014, s. 55 i n.; A. Płoszka, *Publicznoprawny status jednostki skrajnie ubogiej*, Warszawa 2019, s. 333.

3 Por. m.in. A. Bálasits, *Ustawa z 1 sierpnia 1895 r. o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Procedura cywilna)*, Lwów 1895, s. 413–414; W. Godlewski, *Austriackie prawo procesowe cywilne*, Lwów 1900, s. 172–174.

4 Por. K. Apołłow, *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki. Komentarz*, Warszawa–Kraków 1938, s. 85 i n.

5 Na temat aktualnego posługiwania się tym pojęciem por. J. Koredczuk, „Prawo ubogich”, czyli rzecz o próbie pogodzenia interesu jednostki z interesem państwa, [w:] *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawnohistoryczne*, red. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006, s. 651–660; T. Zembrzowski, *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Aurea praxis, aurea theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 1, red. K. Weitz, J. Gudowski, Warszawa 2011, s. 777–809; R. Hauser, *Zwolnienie od kosztów sądowych – prawo ubogich*, [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Świątkiewicza*, red. R. Hauser, L. Nawacki, Warszawa 2005, s. 209–215. Pojęcie prawa ubogich pochodzi z języka niemieckiego, gdzie występowało np. w prawie austriackim (*Armenrecht*), gdzie już w latach 70. ubiegłego wieku zostało zastąpione bardziej nowoczesnym określeniem pomocy sądowej (*Verfahrenshilfe*), por. Z. Krzemiński, [w:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym*, Warszawa 1975, s. 72.

6 Zmiany dokonała ustawa z 17 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r. nr 7, poz. 45).

7 Do 2010 r. warunkiem uzyskania prawa do pełnomocnika z urzędu było uprzednie zwolnienie strony od kosztów sądowych. Było to rozwiązanie krytykowane w doktrynie. Por. A. Zieliński, *Najnowsze zmiany Kodeksu postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 7, s. 370 i n.; M. Sorysz,

Ważnym elementem instytucji zastępstwa z urzędu jest kwestia finansowania tej części działalności adwokatów i radców prawnych. Od strony procesowej zagadnienie to dotyczy przede wszystkim sposobu orzekania o wynagrodzeniu i kosztach pełnomocnika z urzędu. W tym zakresie pomimo powolnych zmian⁸, polegających na odejściu od całkowitej nieodpłatności czynności pełnomocnika dokonywanych w ramach pomocy prawnej⁹, wciąż brak spójnej i kompleksowej regulacji. Jak zostanie przedstawione poniżej, istnieją wciąż sytuacje, gdy pełnomocnik świadczący pomoc prawną z urzędu w postępowaniu cywilnym może nie uzyskać żadnego wynagrodzenia, gdyż Skarb Państwa tylko subsydiarnie odpowiada za te koszty. Ponadto uzyskanie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej trwa latami. Jak wiadomo, wciąż dyskusyjna jest także wysokość stawek wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu, nie tylko ze względu na ich wysokość¹⁰, ale także wobec ich zróżnicowania do stawek opłat przysługujących w razie zastępstwa sprawowanego z wyboru¹¹. Sprawia to, że zastępstwo stron przez pełnomocnika z urzędu nie jest w wielu wypadkach działalnością należycie uregulowaną i sprawiedliwie wynagradzaną. Nie powinno być zaś wątpliwości, że wykonywana przez pełnomocników z urzędu służba publiczna powinna być należycie wynagradzana, gdyż – jak powiedziano – z punktu widzenia państwa stanowi jeden z istotnych elementów jego funkcjonowania związany z zapewnieniem prawa do sądu¹².

Ustanowienie dla strony pełnomocnika z urzędu oraz obowiązki pełnomocnika w postępowaniu cywilnym na tle nowelizacji KPC z 17.12.2009 r. – zagadnienia wybrane, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 12, s. 660 i n.; M. Mamiński, *Ustanowienie pełnomocnika z urzędu po nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 15, s. 870 i n.; M. Kaczyński, *Zmiany w pomocy prawnej z urzędu w sądowym postępowaniu cywilnym dokonane ustawą z 17 grudnia 2009 r.*, „Palestra” 2011, nr 7–8, s. 96 i n.

- ⁸ Co do postulatu rezygnacji z bezpłatności świadczonej pomocy prawnej i potrzeby pokrywania tych kosztów przez Skarb Państwa por. Z. Krzemiński, [w:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat...*, s. 72.
- ⁹ Warto przypomnieć, że w okresie międzywojennym zgodnie z wyjaśnieniami Naczelnej Rady Adwokackiej pełnomocnik z urzędu nie miał prawa przyjąć od strony, dla której został ustanowiony, jakiegokolwiek wynagrodzenia („adwokat nie może narażać się nawet na podejrzenie, że pobrał honorarium za obronę z urzędu”, „Palestra” 1936, nr 10, s. 797).
- ¹⁰ Por. m.in. Ł. Supera, *Stawki mniejsze niż życie*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 105 i n.
- ¹¹ W wyroku TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, OTK-A 2020, nr 13 orzeczono, że § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. poz. 1801) jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 zdanie drugie i art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał uznał, że zaskarżony przepis rozporządzenia z 2015 r. „jest sprzeczny z konstytucyjną zasadą ochrony praw majątkowych, gdyż w sposób nieproporcjonalny zawęży kryteria ustawowe warunkujące uzyskanie wynagrodzenia (narusza upoważnienie ustawowe) – mimo milczenia ustawodawcy w tym przedmiocie, pogarsza sytuację adwokatów świadczących pomoc prawną z urzędu”. Uznał także, że „nie dostrzega żadnych wartości konstytucyjnych, którym miała służyć badana regulacja. Co więcej, w ocenie Trybunału brak jakichkolwiek racjonalnych argumentów (nie tylko konstytucyjnych), które uzasadniałyby dyskryminujące traktowanie pełnomocników w zależności od tego, czy działają oni z wyboru, czy też zostali ustanowieni z urzędu”. Wedle TK ani z analizy art. 29 ust. 2 prawa o adwokaturze, ani pozostałych przepisów tej ustawy nie można na gruncie językowym, ani celowościowym wyprowadzić podstawy dla Ministra Sprawiedliwości do zróżnicowania wynagrodzenia adwokatów w reżimie rozporządzenia z 2015 r. w porównaniu z rozporządzeniem o czynnościach adwokatów.
- ¹² M. Lewandowski, *Problematyka bezpłatnej pomocy prawnej w RP na tle prawa do sądu*, MoP 2009, nr 21, s. 1163; K. Flaga-Gieruszyńska, *Bezpłatna pomoc prawna jako instrument wspomagający realizację konstytucyjnej zasady prawa do sądu (na przykładzie spraw cywilnych)* [w:] *Wokół konstytucji i zdrowego*

W niniejszym opracowaniu podjęte zostanie jedno z wyżej wskazanych zagadnień związanych z zastępstwem prawnym z urzędu w sprawach cywilnych, a mianowicie kwestia orzekania przez sąd o tym wynagrodzeniu. Impuls do podjęcia tego tematu dały m.in. liczne postulaty zmian w tym zakresie. W ostatnim czasie pojawiły się także konkretne propozycje zmian na polu legislacyjnym¹³. W związku z tym przedmiotem niniejszego opracowania jest nie tylko zdiagnozowanie obecnego stanu prawa i orzecznictwa w odniesieniu do orzekania o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu, ale przede wszystkim odniesienie się do zgłaszanych propozycji i postawienie konkretnych postulatów na przyszłość.

II. Aktualny stan prawny w zakresie orzekania o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu w postępowaniu cywilnym

Aktualna regulacja prawna orzekania o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu jest dość lakoniczna, a przepisy ją stanowiące rozproszone w różnych aktach prawnych, co czyni ją trudną do analizy w praktyce. Podstawową, jakby się wydawało, zasadą jest, że koszty pomocy prawnej, udzielonej z urzędu, ponosi Skarb Państwa (art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze¹⁴, art. 22³ ust. 1 ustawy o radcach prawnych¹⁵, art. 13a ust. 1 ustawy o rzecznikach patentowych¹⁶, art. 16 ust. 2 ustawy o prawie pomocy w sprawach cywilnych¹⁷).

Powyższy obowiązek finansowania przez Skarb Państwa wynagrodzenia i kosztów pełnomocnika, jak się jednak okazuje, nie jest wcale bezwzględny, gdyż powstaje tylko w dwóch wyraźnie określonych przypadkach.

Pierwszym z nich jest sytuacja, gdy koszty nieopłaconej pomocy prawnej zostały zasądzone od przeciwnika na rzecz strony, dla której ustanowiono pełnomocnika z urzędu, ale egzekucja tych kosztów jest bezskuteczna.

Drugi przypadek ma miejsce, gdy to strona reprezentowana przez adwokata lub radcę prawnego z urzędu przegrała sprawę i została obciążona kosztami procesu lub nie było podstaw do obciążenia tymi kosztami innego podmiotu¹⁸.

rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam. Prace dedykowane Profesorowi Tadeuszowi Smo-lińskiemu, red. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011, s. 367.

¹³ Jedną z ostatnich jest petycja dotycząca podjęcia inicjatywy ustawodawczej w zakresie zmiany ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego w zakresie orzekania przez sąd o kosztach procesu (P10–15/21). Treść petycji jest dostępna pod adresem: <https://www.senat.gov.pl/prace/petycje/wykaz-tematow-petycji/petycja,572.html>, dostęp: 14.06.2022 r.

¹⁴ Ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1184.

¹⁵ Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1166.

¹⁶ Ustawa z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 944 z późn. zm.).

¹⁷ Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania (Dz.U. z 2005 r. nr 10, poz. 67 z późn. zm.).

¹⁸ H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2020, s. 493–494.

Powyższe ograniczenie odpowiedzialności Skarbu Państwa za koszty pomocy z urzędu wynika po pierwsze z wyraźnego brzmienia art. 122 § 1 zd. 1 k.p.c., wedle którego adwokat lub radca prawny ustanowiony z urzędu ma prawo z wyłączeniem strony ścigać sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków z kosztów zasądzonych na rzecz tej strony od przeciwnika. Po drugie szczegółowe kwestie rozliczenia tych kosztów zawierają akty podustawowe¹⁹. Zgodnie z § 6 obu rozporządzeń dotyczących ponoszenia kosztów nieopłaconej pomocy świadczonej z urzędu w sprawie cywilnej, w której kosztami procesu został obciążony przeciwnik procesowy strony korzystającej z pomocy udzielonej przez adwokata lub radcę prawnego ustanowionego z urzędu, koszty sąd przyznaje po wykazaniu bezskuteczności ich egzekucji.

Ponadto pełnomocnik powinien we wniosku o zasądzenie od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej, udzielonej z urzędu, zawrzeć oświadczenie, że żądane koszty nie zostały zapłacone w całości lub w części²⁰. W przeciwnym przypadku sąd może oddalić wniosek jako nieuzasadniony²¹.

Regulacje art. 122 § 1 k.p.c. i § 6 obu rozporządzeń przesadzają, że w zakresie rozliczania i egzekwowania kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu mogą mieć miejsce dwie sytuacje: po pierwsze – gdy koszty te zostały zasądzone od przeciwnika na rzecz strony, dla której adwokat lub radca prawny został ustanowiony, po drugie – gdy koszty zostają przyznane bezpośrednio od Skarbu Państwa.

Powoduje to, że reżim orzekania o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej jest obecnie w postępowaniu cywilnym bardzo zróżnicowany. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości, że w pierwszym przypadku koszty nieopłaconej pomocy prawnej należy kwalifikować jako składnik kosztów procesu (art. 98 § 1 k.p.c.)²², ponieważ zostają zasądzone na podstawie przepisów określających zasady rozliczania kosztów procesu – od przeciwnika na rzecz strony, dla której adwokat lub radca prawny został ustanowiony.

Jeśli chodzi o drugi przypadek przyznania kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu wprost od Skarbu Państwa, to w takim wypadku koszty te nie zaliczają się do kosztów procesu²³, gdyż nie chodzi tu o zwrot kosztów należny jednej ze stron

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 18) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 68).

²⁰ Por. § 3 obu rozporządzeń.

²¹ Postanowienie SN z 14 października 1998 r., II CKN 687/98, OSNC 1999, nr 3, poz. 63. Na niejednolitą praktykę wskazuje jednak R. Rynkun-Werner, *Adwokat z urzędu. Podstawowe zagadnienia prawne*, Warszawa 2011, s. 114.

²² M. Kaczyński, *Pełnomocnik z urzędu*, Warszawa 2014, s. 230. Według art. 98 § 1 k.p.c. do kosztów procesu zalicza się „koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony”. Według zaś § 3 tego artykułu „do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony”.

²³ Dotyczy to zarówno rozumienia tego pojęcia na gruncie art. 98 § 1, jak i art. 394 § 1 pkt 6 k.p.c. (według tego ostatniego przepisu zażalenie na postanowienie sądu pierwszej instancji przysługuje m.in. na postanowienie, którego przedmiotem jest: „zwrot kosztów, określenie zasad ponoszenia przez strony kosztów procesu, zwrot opłaty lub obciążenie kosztami sądowymi – jeżeli strona nie składa środka zaskarżenia co do istoty sprawy”).

drugiej²⁴. Odpowiedzialność Skarbu Państwa ma w tym przypadku, jak powiedziano, jedynie charakter subsydiarny. Podkreśla się jednak, że zobowiązanie Skarbu Państwa względem pełnomocnika z urzędu ma tu charakter publicznoprawny związany z wykonywaniem przez pełnomocnika zleconych mu czynności zastępstwa prawnego²⁵.

Koszty nieopłaconej pomocy prawnej obejmują opłatę ustaloną zgodnie z przepisami obu wskazanych rozporządzeń oraz niezbędne i udokumentowane wydatki adwokata lub radcy prawnego²⁶.

Wedle utrwalonego poglądu, jeżeli strona reprezentowana przez adwokata lub radcę prawnego wyznaczonego przez sąd wygrała proces, koszty procesu (w tym wynagrodzenie) sąd powinien zasądzić na rzecz samej strony, a nie na rzecz adwokata lub radcy prawnego²⁷. Wynika to z wyżej już sygnalizowanego zaliczenia tego wynagrodzenia do kosztów procesu, o których mowa w art. 98 k.p.c. Pełnomocnik z urzędu może jedynie ściągnąć swoje wynagrodzenie zgodnie z art. 122 k.p.c. poprzez uzyskanie klauzuli wykonalności, opiewającej na jego nazwisko, w granicach należnej mu kwoty²⁸. Granicą należnego wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego jest jednak możliwość potrącenia przez przeciwnika kosztów przyznanych mu od strony korzystającej z pomocy prawnej z urzędu (art. 122 § 1 zd. 2 k.p.c.).

Wyegzekwowanie przez pełnomocnika z urzędu w całości należnych mu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej skutkuje zaspokojeniem jego roszczenia w stosunku do Skarbu Państwa²⁹. Należy także zaznaczyć, że zarówno pełnomocnik z wyboru, jak i z urzędu nie mają prawa do odebrania kosztów od innego podmiotu niż strona przeciwna, w szczególności nie mogą ubiegać się o odebranie należnych im kosztów od świadka, biegłego, pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego w związku z ich rażącością winą (art. 110 zd. 1 k.p.c.). Powyższa uwaga dotyczy również zwrotu kosztów od interwenienta ubocznego, powstałych w wyniku jego niesumiennego lub oczywiście niewłaściwego postępowania³⁰.

Wedle orzecznictwa Sądu Najwyższego apelacja strony postępowania w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach pomocy prawnej udzielonej z urzędu, w wypadku

24 Zob. np. postanowienie SN z 14 lipca 2010 r., V CZ 51/10, LEX nr 1375553.

25 Postanowienie SN z 17 listopada 2009 r., III CZ 53/09, OSNC 2010/5, poz. 79, „Biuletyn SN” 2010, nr 2, poz. 11; zob. także postanowienie SN z 25 maja 2010 r., I CZ 29/10, LEX nr 1308015, a także Z. Krzemiński, [w:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat...*, s. 71.

26 R. Rynkun-Werner, *Adwokat...*, s. 113.

27 Pogląd ten w całości utrzymała zarówno przedwojenna, jak i obecna judykatura (por. orzeczenie SN z 19 sierpnia 1938 r., C.I. 1162/37, PS 1939/1, poz. 42; orzeczenie SN z 2 listopada 1954 r., 2 CZ 248/54, „Państwo i Prawo” 1955/1, s. 150; postanowienie SN z 8 września 1982 r., I CZ 83/82, „Palestra” 1985, nr 3–4, poz. 28; uchwała SN z 1 marca 1989 r., III CZP 12/89, LEX nr 463039), choć doktryna od zawsze wskazywała na potrzebę zasądzania wynagrodzenia wprost na rzecz pełnomocnika, por. K. Apołłow, *Prawo...*, s. 90; B. Pogoda, *Uwagi do art. 121 k.p.c.*, „Głos Sądowictwa” 1938, nr 2, s. 142; M. Schroeder, *Wynagrodzenie adwokata ustanowionego dla strony zwolnionej od kosztów i wynagrodzenie obrońcy z urzędu (uwagi «de lege ferenda»)*, „Palestra” 1958, nr 1, s. 61.

28 J. Jodłowski, *Czy adwokat strony ubogiej może sam egzekwować od przeciwnika sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków?*, „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 12, s. 382; orzeczenie SN z 2 listopada 1954 r., 2 CZ 248/54, „Państwo i Prawo” 1955, nr 1, s. 150.

29 Postanowienie SN z 18 maja 2011 r., III CZ 25/11, LEX nr 864008.

30 Z. Krzemiński, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971, s. 120.

przyznania tych kosztów pełnomocnikowi od Skarbu Państwa, jest niedopuszczalna³¹. Natomiast pełnomocnikowi ustanowionemu przez sąd przysługuje zażalenie na postanowienie sądu pierwszej instancji rozstrzygające o ponoszonych przez Skarb Państwa kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu³². Innymi słowy, strona reprezentowana przez pełnomocnika z urzędu nie może zaskarżyć postanowienia sądu pierwszej instancji orzekającego o wynagrodzeniu adwokata lub radcy prawnego ponoszonym przez Skarb Państwa. Jednakże prawo to przysługuje pełnomocnikowi strony, ponieważ to w jego interesie leży prawidłowe rozliczenie za udzieloną pomoc prawną.

III. Wadliwości aktualnego systemu orzekania o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej w postępowaniu cywilnym

W doktrynie podnosi się, że od lat istnieją poważne problemy w wypłacaniu należnego honorarium za prowadzenie spraw z urzędu. Niestety wciąż zdarzają się bowiem sytuacje, że pełnomocnicy otrzymują honoraria za sprawy, które toczyły się nie tylko kilka miesięcy temu, ale nawet i dwa lata wcześniej³³. Dlatego postulatem pełnomocników z urzędu jest, aby sądy wypłacały im wynagrodzenie na bieżąco, po zakończeniu każdego etapu postępowania.

Podsumowując aktualny stan prawny i praktykę stosowania prawa, należy wskazać, że system orzekania i wypłacania wynagrodzeń pełnomocnikom z urzędu jest dotknięty dysfunkcyjnością i wymaga wręcz pilnych zmian.

Po pierwsze, system ten obowiązuje już od ponad 100 lat w zasadzie w niezmienniej formie³⁴, która została ukształtowana jeszcze w okresie międzywojennym, a wynikała z założenia, że pomoc prawna udzielana z urzędu była jedynie dodatkowym, co do zasady nieodpłatnym, świadczeniem adwokatury³⁵, wykonywanym obok podstawowej aktywności. W tamtym okresie jedyny wypadek odpłatności zastępstwa prawnego

31 Uchwała SN z 25 czerwca 2009 r., III CZP 36/09, OSNC 2010, nr 2, poz. 24, s. 36.

32 Uchwała SN z 20 maja 2011 r., III CZP 14/11, OSNC 2012, nr 1, poz. 2, s. 9; uchwała SN z 8 marca 2012 r., III CZP 2/12, OSNC 2012, nr 10, poz. 115, s. 30; zob. A. Kobińska, *Zaskarżalność postanowienia o przyznaniu od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz niedopuszczalność przyznania tych kosztów poniżej stawki minimalnej*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 118–119; P. Ryłski, *Dopuszczalność zażalenia na postanowienie w przedmiocie przyznania od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika z urzędu*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 133 i n. Obecnie zażalenie na postanowienie w przedmiocie „zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej” wynika wprost z brzmienia art. 394^{1a} § 1 pkt 9 k.p.c.

33 M. Kaczyński, *Pełnomocnik...*, s. 233.

34 Obecne przepisy Kodeksu postępowania cywilnego bazują niemal w całości na projektach przyjętych w latach 20. XX w. Por. przede wszystkim S. Gołąb, *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o prawie ubogich z motywami*, [w:] *Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, t. I, Warszawa 1928, s. 97–111. Projekty te były zaś oparte na jeszcze wcześniejszych regulacjach, przede wszystkim § 70 austriackiego ZPO obowiązującego na obszarze Polski południowej, por. J. Windakiewicz, *Ustawa o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Procedura cywilna)*, Warszawa 1925, s. 87.

35 K. Apołłow, *Prawo...*, s. 87.

świadczonego z urzędu zachodził w razie zasądzenia obowiązku zwrotu kosztów od strony przeciwnej³⁶. Sporna była nawet możliwość dochodzenia od państwa poniesionych przez pełnomocnika z urzędu realnych kosztów (np. na dojazd do sądu)³⁷. Obecnie jest to założenie wadliwe, jeśli zważy się podkreślany w orzecznictwie Sądu Najwyższego publicznoprawny aspekt działalności adwokatów i radców prawnych ustanowionych dla strony z urzędu. W takim wypadku nawiązuje się stosunek prawny między Skarbem Państwa jako zleceniodawcą i pełnomocnikiem jako zleceniobiorcą, który ma prawo do uzyskania wynagrodzenia za świadczone usługi w każdym wypadku. Odpowiedzialny za wypłatę tego świadczenia powinien być w pierwszej kolejności Skarb Państwa (zleceniodawca), a nie osoba, której udzielono pomocy prawnej, lub jej przeciwnik procesowy. Odpowiedzialność ta nie powinna być także warunkowa lub subsydiarna.

Po drugie, podstawowa reguła rangi ustawowej, że koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ponosi Skarb Państwa, wyrażona w art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze oraz art. 22³ ust. 1 ustawy o radcach prawnych, nie jest w pełni realizowana, gdyż jest uzależniona, w razie zasądzenia kosztów od przeciwnika strony, od wykazania bezskuteczności egzekucji. Problem w tym, że modyfikację tej ustawowej zasady wprowadza obecnie akt podustawowy, jakim jest rozporządzenie³⁸, mimo braku ku temu podstaw w delegacji ustawowej³⁹.

Po trzecie, system zakładający jedynie subsydiarną odpowiedzialność Skarbu Państwa wobec pełnomocnika za udzieloną z urzędu pomoc prawną nakłada na pełnomocników dodatkowe obowiązki, które nie mieszczą się już w obowiązku świadczenia pomocy prawnej na rzecz strony niezamożnej. Chodzi tu przede wszystkim o obowiązek dochodzenia na własny koszt należnego pełnomocnikowi wynagrodzenia od przeciwnika strony, której przyznano prawo do pomocy prawnej (art. 122 § 1 k.p.c.). Rodzi to konflikty na linii strona, której udzielono pomocy, a pełnomocnik, gdyż zgodnie z orzecznictwem to na rzecz strony, nie na rzecz pełnomocnika zasądza się należne wynagrodzenie. Strona może zatem uprzedzić pełnomocnika i wyegzekwować należne pełnomocnikowi koszty samodzielnie lub odebrać te koszty od przeciwnika na własną

36 Wedle art. 19 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 7 października 1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 86, poz. 733) „pomoc prawna adwokata z urzędu jest bezpłatna, chyba że na stronę przeciwną spada zwrot kosztów procesu”. Podobną regulację zawierał art. 78 ust. 2 ustawy z 4 maja 1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 33, poz. 289). Wedle tego przepisu „pomoc prawna adwokata, wyznaczonego z urzędu dla strony, której przyznano prawo ubogich, jest dla strony ubogiej bezpłatna, chyba że stronę przeciwną obciążono kosztami procesu”.

37 Por. S. Grabowski, *Jakie wynagrodzenie przysługuje adwokatowi zastępującemu stronę ubogą?*, „Czasopismo Adwokatów Polskich. Dział województw zachodnich” 1934, nr 7–8, s. 89.

38 Odmienne sytuacja wygląda w przypadku rzeczników patentowych, gdyż wymaganie uprzedniego wykazania bezskuteczności egzekucji jako warunku odpowiedzialności Skarbu Państwa za koszty nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu wynika z art. 13a ust. 3 ustawy o rzecznikach patentowych.

39 Według art. 29 ust. 2 o adwokaturze oraz art. 22³ ust. 2 ustawy o radcach prawnych Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady ponoszenia kosztów, o których mowa w ust. 1, z uwzględnieniem sposobu ustalania tych kosztów, wydatków stanowiących podstawę ich ustalania oraz maksymalnej wysokości opłat za udzieloną pomoc. W delegacji tej brak możliwości ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności Skarbu Państwa, o której mowa w art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze oraz art. 22³ ust. 1 ustawy o radcach prawnych.

rzecz⁴⁰. W razie zatem wyegzekwowania świadczenia przez samą stronę lub spełnienia świadczenia bezpośrednio przez stronę przeciwną do rąk strony zastępowanej pełnomocnik z urzędu jest zobowiązany w drodze regresu dochodzić swojego wynagrodzenia wprost od zastępowanej dotąd strony. Powoduje to konieczność wszczęcia nowego procesu między dotychczasowym pełnomocnikiem z urzędu a zastępowaną stroną. Może to jednak w praktyce oznaczać, że wynagrodzenie takie nie zostanie ostatecznie pokryte przez nikogo, jeśli strona wyzbyła się już uzyskanych środków i jest niewypłacalna.

Po czwarte, obecnie obowiązujące przepisy prawa przewidują możliwość potrącenia przez stronę przeciwną własnych wierzytelności z tytułu kosztów procesu przyznanych od strony, której przyznano pomoc prawną z urzędu wobec wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi (art. 122 § 1 zd. 2 k.p.c.). W takim wypadku pełnomocnik może w ogóle nie uzyskać wypłaty należnego mu wynagrodzenia i zwrotu kosztów mimo wykonanej pracy.

Po piąte, obecny system różnicuje możliwość uzyskania wynagrodzenia przez adwokata lub radcę prawnego ustanowionego z urzędu w zależności od wyniku postępowania oraz od rozstrzygnięcia sądu co do kosztów postępowania. W przypadku gdy strona zastępowana przegra proces i brak będzie możliwości obciążenia kosztami procesu drugiej strony lub innego podmiotu, prawo do wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi ma charakter bezwarunkowy. Jest ono bowiem zasądzane wprost od Skarbu Państwa. W razie zaś obciążenia tymi kosztami innego podmiotu powstaje wskazany wyżej obowiązek uprzedniego wykazania przez pełnomocnika bezskuteczności egzekucji. Sprawia to wiele komplikacji na etapie formułowania przez pełnomocników wniosków o zwrot kosztów udzielonej pomocy prawnej⁴¹. Ponadto, gdy obciążono inną osobę niż stronę przeciwną, pełnomocnik nie ma w ogóle możliwości wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Jedynie strona może bowiem prowadzić egzekucję co do kosztów obejmujących także wynagrodzenie pełnomocnika z urzędu. Prowadzi to do oczywistego paradoksu, że z punktu widzenia możliwości uzyskania wynagrodzenia dla pełnomocnika z urzędu bardziej korzystne jest, aby zastępowana przez niego strona przegrała proces, niż go wygrała, gdyż w tym ostatnim przypadku pełnomocnik może w ogóle nie uzyskać wynagrodzenia. System taki miał historyczne uzasadnienie w tym, że niegdyś pełnomocnik z urzędu tylko w razie wygranej mógł uzyskać jakiegokolwiek wynagrodzenie. Taki system motywował go zatem do uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, gdyż wiązał się automatycznie z prawem do wynagrodzenia. Obecnie, gdy w razie przegranej wynagrodzenie jest wypłacane przez Skarb Państwa, omawiana regulacja wprowadza zupełnie niezrozumiałe zróżnicowanie, przy którym trudno mówić o równości pełnomocników wobec prawa.

Po szóste, orzekanie przez sąd o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu w sytuacji, gdy stanowią one koszty procesu, następuje dopiero w orzeczeniu kończącym sprawę

⁴⁰ Zagrożenie to dostrzegano już w doktrynie przedwojennej i zgłaszano postulat zmiany przepisów przez nakazanie zasądzania kosztów pełnomocnika wprost na jego rzecz, a nie na rzecz strony zastępowanej (por. M. Piekarski, H. Vincenz, *Przyczynki do dyskusji nad nowelizacją KPC*, „Głos Sądownicwa” 1937, nr 4, s. 290, K. Apołłow, *Prawo...*, s. 90–91).

⁴¹ Por. J. Szczepański, *Wniosek o zwrot kosztów pomocy prawnej z urzędu – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18.09.2017 r. (V CSK 677/16)*, „Palestra” 2019, nr 4, s. 93 i n.

w instancji (art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c.)⁴². Powoduje to, że okres oczekiwania na wykonanie orzeczenia o przyznaniu wynagrodzenia jest dość znaczny, biorąc pod uwagę możliwość zaskarżenia takiego orzeczenia apelacją, a następnie uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

IV. Propozycje zgłaszanych zmian legislacyjnych i ich ocena

W związku z powyższym wciąż dość nieśmiało, ale podejmowane są starania o zmianę powyższego stanu prawnego. Jedną z ostatnich jest sygnalizowana już petycja dotycząca podjęcia inicjatywy ustawodawczej związanej ze zmianą k.p.c. i k.p.k. w zakresie orzekania przez sąd o kosztach procesu (P10–15/21). Przedmiotowa inicjatywa została zgłoszona przez Naczelną Radę Adwokacką, a jej celem jest uszczegółowienie i ujednolicenie zasad orzekania o zwrocie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu przez adwokata lub radcę prawnego w postępowaniach cywilnych i karnych. W założeniu autorów postulowane zmiany umożliwią adwokatowi lub radcy prawnemu ustanowionemu z urzędu otrzymanie należnego wynagrodzenia za już udzieloną pomoc prawną na bieżąco bez konieczności wieloletniego oczekiwania na wynagrodzenie za czynności procesowe wykonane w toku postępowań sądowych.

Wskazując krótko na treść tej propozycji, w zakresie Kodeksu postępowania cywilnego dotyczy ona zmiany brzmienia art. 108 k.p.c. znajdującego się w Dziale I – „Zwrot kosztów procesu” w Tytule V – „Koszty procesu”, który reguluje zasadę unifikacji orzekania o kosztach procesu cywilnego⁴³.

Podstawowym sposobem uzyskania zakładanego celu autorzy petycji czynią propozycję, aby sąd przyznawał wynagrodzenie pełnomocnikowi z urzędu w oddzielnym postanowieniu, które ma być wydawane po wydaniu orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie w instancji (proponowane brzmienie art. 108 § 3 zd. 1 k.p.c.), dzięki czemu postanowienie takie może ulec uprawomocnieniu i wykonaniu niezależnie od dalszego toku sprawy.

Po drugie, autorzy petycji proponują uregulować w sposób szczególny zasady orzekania o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu w przypadku cofnięcia lub zwolnienia przez sąd ustanowionego pełnomocnika, a także w razie wygaśnięcia ustanowienia pełnomocnika wskutek śmierci strony, która skorzystała z pomocy prawnej. Wedle projektu sąd miałby o takim wynagrodzeniu orzekać na wniosek pełnomocnika w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku (proponowany art. 108 § 3 zd. 2 k.p.c.). Zdaniem pomysłodawcy nie wymagałoby to oczekiwania na zakończenie postępowania w sprawie.

⁴² Wedle tego przepisu sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji.

⁴³ Wedle art. 108 k.p.c. sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Sąd może jednak rozstrzygnąć jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu; w tej sytuacji, po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, referendarz sądowy w sądzie pierwszej instancji wydaje postanowienie, w którym dokonuje szczegółowego wyliczenia kosztów obciążających strony (§ 1). Sąd drugiej instancji, uchylając zaskarżone orzeczenie i przekazując sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania, pozostawia temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej (§ 2).

Po trzecie, w świetle propozycji koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w każdym wypadku ponosi Skarb Państwa. Dotyczy to także przypadku, w którym kosztami procesu został obciążony przeciwnik procesowy strony korzystającej z pomocy prawnej z urzędu. W takim jednak wypadku sąd, zasądzając zwrot kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu na rzecz Skarbu Państwa, miałby obowiązek przyznać je od Skarbu Państwa wraz z poleceniem wypłaty równowartości tych kosztów pełnomocnikowi z urzędu (proponowany art. 108 § 5 k.p.c.).

V. Ocena proponowanych zmian i postulaty własne

Przechodząc do oceny zgłoszonej propozycji legislacyjnej, należy w pełni podzielić przekonanie o potrzebie zmian, o której mowa w przedstawionej petycji. Wydaje się ona niezbędna. Nie w pełni jednak odpowiada na wszystkie dostrzeżone dotąd wadliwości systemu orzekania o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej.

W szczególności na poparcie zasługuje najważniejszy postulat wyraźnego wprowadzenia zasady, że Skarb Państwa ponosi koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w każdym przypadku. Jest to potrzebna i oczekiwana od wielu lat zmiana, która w końcu byłaby zgodna z zasadami wyrażonymi w art. 29 ust. 1 prawa o adwokaturze oraz art. 22³ ustawy o radcach prawnych. Uzyskanie przez pełnomocnika wynagrodzenia i zwrotu niezbędnych poniesionych kosztów za pomoc świadczoną z urzędu powinno być niezależne od zasad orzekania o kosztach w konkretnym procesie. Wyeliminuje to te przypadki, gdy na skutek zachowania stron lub osób trzecich adwokat, lub radca prawny ustanowiony z urzędu może nie uzyskać w ogóle zaspokojenia należnego mu wynagrodzenia i zwrotu poniesionych kosztów.

Na aprobatę zasługuje także postulat rozdzielenia rozstrzygnięcia o zasądzeniu kosztów na rzecz Skarbu Państwa i obowiązku wypłaty równowartości tych kosztów przez Skarb Państwa na rzecz pełnomocnika. Rozwiązanie to zabezpieczy zarówno interes Skarbu Państwa do uzyskania zwrotu wypłaconych kosztów nieuiszczonej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, jak i zapewni pełnomocnikowi realną możliwość uzyskania wynagrodzenia i zwrotu niezbędnych kosztów bez nieuzasadnionej zwłoki. Sprawi także, że pełnomocnik z urzędu zostanie uwolniony od obowiązku samodzielnego ściągania należnych mu sum od przeciwnika strony, której udzielił zastępstwa prawnego.

Wydaje się jednak, że proponowane rozdzielenie powinno iść dalej, a mianowicie w tym kierunku, aby całkowicie zrezygnować z zaliczenia kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu do kosztów procesu w rozumieniu art. 98 k.p.c. w sytuacji, gdy sąd nakazuje ich wypłatę na rzecz pełnomocnika. W takim wypadku stanowić one powinny zawsze należności sądowe, gdyż wynikają z publicznoprawnej relacji Skarb Państwa – pełnomocnik⁴⁴. Dopiero, gdy sąd w orzeczeniu kończącym

⁴⁴ Publicznoprawny charakter relacji, jaka zachodzi między pełnomocnikiem z urzędu a Skarbem Państwa wypłacającym mu wynagrodzenie, był także podkreślany w doktrynie międzywojennej, por. J. Hrobni, *O zapobieganiu błędom i rozbieżnościom orzecznictwa procesowego*, „Polski Proces Cywilny” 1935, nr 17–18, s. 526.

postępowanie zasądza ich równowartość na rzecz Skarbu Państwa od strony przeciwnej, wliczone one mogą zostać do kosztów procesu ponoszonych przez stronę. Umożliwi to uzyskanie przez pełnomocnika należnego mu wynagrodzenia i zwrotu kosztów bez względu na wynik sprawy, co powinno stać się zasadą⁴⁵.

Powyższe dwie propozycje są w pełni zgodne ze zmianami, jakie już od wielu lat następują w krajach Europy Zachodniej. Przypominają też ewolucję, jaką przeszło orzekanie o wynagrodzeniu pełnomocnika z urzędu, np. we Francji⁴⁶. Dopiero w 1972 r. ustawodawca w tym kraju zerwał ostatecznie z zasadą świadczenia pomocy przez adwokata z urzędu pod tytułem darmym (*à titre bénévole*), wprowadzając każdorazowy obowiązek pokrycia tych kosztów przez Skarb Państwa⁴⁷. Ustawą z 1991 r. o pomocy prawnej⁴⁸ i późniejszymi jej nowelizacjami zasada ta została udoskonalona w związku ze znacznymi opóźnieniami w wypłacaniu wynagrodzeń pełnomocnikom. Wedle art. 27 ustawy z 1991 r. adwokat świadczący pomoc prawną z urzędu otrzymuje wynagrodzenie i zwrot kosztów w drodze specjalnej rekompensaty ryczałtowej (*une rétribution*). Sumy te są wypłacane za pośrednictwem samorządu adwokackiego, który otrzymuje globalną subwencję od Skarbu Państwa na ten cel (art. 27 ustawy z 1991 r.). Wedle art. 43 tej ustawy w razie zasądzenia kosztów procesu od strony przeciwnej wobec osoby, która uzyskała pomoc prawną z urzędu, sąd nakłada na nią obowiązek zwrotu Skarbowi Państwa sum wyłożonych na koszty udzielonej pomocy prawnej. W wyjątkowych wypadkach sąd może zwolnić stronę z obowiązku zwrotu tych kosztów.

Podobnie sytuacja już od lat 70. XX w.⁴⁹ została uregulowana w prawie austriackim, gdzie samorząd adwokacki otrzymuje od Skarbu Państwa ogólną kwotę ryczałtu celem pokrycia kosztów pomocy prawnej świadczonej z urzędu⁵⁰.

Jak widać, ustawodawcy francuski i austriacki odeszli już wiele lat temu od zasady zasądzenia zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu od strony przeciwnej, co zwalnia pełnomocnika z obowiązku prowadzenia postępowania egzekucyjnego. Proponowane zmiany należy zatem w pełni poprzeć.

Interesującym rozwiązaniem jest także propozycja nakazująca orzekać o zwrocie nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu w oddzielnym postanowieniu, które wydaje się już po wydaniu orzeczenia kończącego sprawę w instancji. W ocenie autorów petycji sprawi to, że postanowienie takie będzie się mogło uprawomocnić niezależnie od orzeczenia kończącego sprawę, a tym samym sprawi, że będzie można szybciej wypłacić pełnomocnikowi wynagrodzenie.

45 Taką potrzebę podkreślano od dawna, por. M. Schroeder, *Wynagrodzenie...*, s. 60.

46 W polskiej doktrynie por. K. Potrzebowski, *Zwalnianie od kosztów sądowych w sprawach cywilnych we Francji*, „Palestra” 1973, nr 2, s. 109–110.

47 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris 2010, s. 77.

48 *Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique*.

49 Nowe regulacje były po części wynikiem orzecznictwa austriackiego Trybunału Konstytucyjnego; por. w polskiej doktrynie S. Mizera, *Sukces adwokatury austriackiej w walce o pełną odpłatność za usługi adwokackie świadczone na rzecz osób uznanych za ubogie*, „Palestra” 1973, nr 3, s. 100–101.

50 W.H. Rechberger, [w:] W.H. Rechberger, D.A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009, s. 228; A. Deixler-Hübner, T. Klicka, *Zivilverfahren*, Wien 2007, s. 108–109. W literaturze polskiej por. Z. Krzemiński, [w:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat...*, s. 72.

Warto jednak wskazać, że także obecnie postanowienie o wynagrodzeniu pełnomocnika, zawarte w wyroku, może się uprawomocnić niezależnie od orzeczenia kończącego postępowanie, jeśli nie zostanie zaskarżone przez żadną ze stron. W praktyce bowiem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem SN, strona, której udzielono pomocy prawnej z urzędu, nie ma interesu w zaskarżeniu rozstrzygnięcia o kosztach pomocy prawnej z urzędu. Jeśli wniesie ona zatem środek odwoławczy od orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, to nie wpłynie to na prawomocność orzeczenia o kosztach pełnomocnika z urzędu. W grę wchodzi jednak zaskarżenie tego rozstrzygnięcia przez stronę przeciwną do strony korzystającej z pomocy prawnej. Wynika to z założenia, że obecnie koszty nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu są zaliczane do kosztów procesu i strona przeciwna może skarżyć ich wysokość, skoro to ona ma je ostatecznie ponieść.

Rozwiązanie zawarte w petycji nie zmienia tego założenia, a więc strona przeciwna będzie mogła wciąż zaskarżyć postanowienie (także wydane odrębnie) w zakresie nieopłaconych kosztów, jeśli kwestionuje ich wysokość. W razie zaś wniesienia środka zaskarżenia co do istoty powinna także skarżyć orzeczenie o kosztach, gdyż w przeciwnym razie naraża się na ryzyko, że sąd obciąży ją obowiązkiem zwrotu tych kosztów Skarbowi Państwa także w sytuacji, gdy wygra ona sprawę w drugiej instancji.

Z powyższego powodu lepszym rozwiązaniem jest postulowane wyraźne rozdzielanie orzekania o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej na dwa orzeczenia. Jedno, w którym przyznaje się je odrębnym postanowieniem pełnomocnikowi od Skarbu Państwa (zaskarżalne tylko przez pełnomocnika, a nie przez którąkolwiek ze stron), oraz drugie, w którym ewentualnie zasądza się ich równowartość zgodnie z wynikiem postępowania jako element kosztów procesu od strony przeciwnej (zaskarżalne przez stronę).

Warto też wskazać, że opieszałość w wypłacie kosztów pełnomocnikowi wynika także z praktyki sądowej, która, dopóki sprawa nie zostanie ostatecznie zakończona, nie kieruje do wykonania prawomocnych orzeczeń sądowych w celu wypłaty należnego wynagrodzenia. Konieczne jest w tym zakresie zaproponowanie przepisu nakazującego niezwłoczną wypłatę tych kosztów pełnomocnikowi zaraz po uprawomocnieniu się postanowienia w tym przedmiocie.

Na pełną aprobatę zasługuje natomiast rozwiązanie, aby w przypadku cofnięcia lub zwolnienia przez sąd ustanowionego z urzędu adwokata lub radcy prawnego, a także wygaśnięcia ustanowienia tych osób wskutek śmierci strony, która korzystała z pomocy prawnej udzielonej z urzędu, sąd na wniosek pełnomocnika ustanowionego z urzędu orzekał w przedmiocie zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku. Oczekiwanie w takim wypadku, często wiele lat, na wydanie orzeczenia kończącego postępowanie jest całkowicie bezzasadne.

Sugerować należałoby jednak poszerzenie proponowanej regulacji dotyczącej orzekania o kosztach pełnomocnika z urzędu jeszcze w jego toku. Skoro, jak wskazano, koszty należne pełnomocnikowi od Skarbu Państwa powinny nie być już kosztami procesu w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c.⁵¹, zasada orzekania o nich po wydaniu orzeczenia kończącego nie musi mieć charakteru bezwzględnie. Możliwe jest, aby w szczególnie uzasadnionych przypadkach sąd mógł orzekać o tych kosztach lub ich części w toku

⁵¹ Por. uchwała SN z 13 stycznia 2017 r., III CZP 87/16, OSNC 2017/9, poz. 99, LEX nr 2186048.

postępowania. Proponować należy, aby sąd mógł to zrobić na wniosek adwokata lub radcy prawnego, gdy jest to umotywowane jego szczególnym interesem m.in. w sytuacji ustania zastępstwa prawnego z urzędu w toku postępowania. Uzasadnione może to być jednak także innymi względami, np. sytuacją finansową pełnomocnika lub koniecznością poniesienia szczególnie wysokiego wydatku albo wieloletnim trwaniem procesu. W takim wypadku oczekiwanie na zakończenie postępowania w danej instancji mogłoby być szczególnie krzywdzące. Umożliwi to pełnomocnikowi wywołanie postępowania incydentalnego w przedmiocie należnego mu wynagrodzenia lub zwrotu kosztów już w trakcie trwania postępowania i uzyskania zaspokojenia na wcześniejszym etapie postępowania.

Należy jednak wskazać, że propozycje zawarte w petycji, choć w przeważającym zakresie należy się z nimi zgodzić, nie są zsynchronizowane z innymi obecnymi rozwiązanymi.

Po pierwsze w razie przyjęcia tych postulatów konieczne byłoby uchylenie art. 122 § 1 zd. 1 k.p.c. w aktualnym brzmieniu. Jego pozostawienie wobec propozycji petycji wprowadziłoby niespójność. Propozycja zakłada, że w każdym wypadku koszty pełnomocnika ponosi Skarb Państwa, regulacja art. 122 § 1 k.p.c. zakłada zaś, że pełnomocnik ma ściągnąć własne wynagrodzenie z kosztów zasądzonych stronie.

Po drugie konieczne będzie uchylenie § 6 obu rozporządzeń w związku z wyeliminowaniem subsydiarności odpowiedzialności za wynagrodzenie pełnomocnika.

Postulować należałoby także, aby proponowane w tym miejscu zmiany nie zostały ulokowane w art. 108 k.p.c. Błędnie petryfikuje to aktualny stan, wedle którego wynagrodzenie o kosztach pełnomocnika z urzędu stanowi element orzekania o kosztach procesu między stronami. Celem proponowanych zmian powinno być, jak powiedziano, zerwanie z takim powiązaniem. Ponadto art. 108 k.p.c. dotyczy zasady jednolitości orzekania o kosztach, co ma niewielki związek z zakresem prezentowanej zmiany. Proponować należałoby zatem, aby powyższe propozycje znalazły się w art. 122 k.p.c., który tradycyjnie jest poświęcony wynagrodzeniu i kosztom pełnomocnika z urzędu. Przepis ten zawarty jest w oddzielnym dziale II k.p.c. zatytułowanym „Pomoc prawna z urzędu”. Pozwoli to na odczytywanie postanowień proponowanych zmian w duchu postanowień tego rozdziału i zgodnie z celem proponowanej nowelizacji.

W świetle powyższego należy zaproponować, aby artykuł 122 k.p.c. uzyskał następujące brzmienie:

§ 1. Koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w każdym przypadku ponosi Skarb Państwa.

§ 2. Zwrot kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu sąd przyznaje odrębnym postanowieniem, które wydaje po wydaniu orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie z zastrzeżeniem § 4.

§ 3. W sprawie, w której kosztami procesu został obciążony przeciwnik procesowy strony korzystającej z pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika ustanowionego z urzędu, Sąd zasądza zwrot kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu od przeciwnika tej strony na rzecz Skarbu Państwa. W takim wypadku nakaz wypłaty równowartości tych kosztów

ze środków Skarbu Państwa na rzecz pełnomocnika procesowego strony korzystającej z pomocy prawnej udzielonej z urzędu zamieszcza się w postanowieniu, o którym mowa w § 2.

§ 4. W przypadkach uzasadnionych ważnym interesem adwokata lub radcy prawnego, a w szczególności w przypadku cofnięcia lub zwolnienia przez sąd ustanowionego z urzędu adwokata, lub radcy prawnego, a także wygaśnięcia ustanowienia adwokata, lub radcy prawnego wskutek śmierci strony, która korzystała z pomocy prawnej udzielonej z urzędu, Sąd na wniosek pełnomocnika ustanowionego z urzędu orzeka w przedmiocie zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu lub ich części w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku.

§ 5. Wniosek o przyznanie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu zawiera oświadczenie, że opłata nie została zapłacona w całości lub w części.

§ 6. Koszty nieopłaconej pomocy prawnej przyznane od Skarbu Państwa podlegają wypłacie na rzecz adwokata lub radcy prawnego niezwłocznie po uprawomocnieniu się postanowienia w tym przedmiocie, niezależnie od dalszego toku postępowania.

§ 7. Do wykonania orzeczenia zasądzającego koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu na rzecz Skarbu Państwa od strony przeciwnej stosuje się przepisy o wykonaniu orzeczeń w zakresie należności sądowych.

W związku z dostrzeganymi opieszałościami w wykonaniu orzeczeń o przyznaniu pełnomocnikowi z urzędu należnych mu kosztów konieczne jest wprowadzenie art. 122 § 6 k.p.c., który nakazuje niezwłoczną wypłatę tych środków po uprawomocnieniu się postanowienia bez względu na dalszy tok sprawy. Jest to nawiązanie do obecnego art. 93 ust. 2 u.k.s.c.⁵², który nakazuje niezwłocznie wypłacić należność przyznaną m.in. świadkowi, biegłemu lub tłumaczowi. Obecne w związku z brakiem stosownej regulacji różnicowanie jest niezrozumiałe i krzywdzące dla pełnomocników z urzędu.

Propozycja zawarta w art. 122 § 7 k.p.c. ułatwi w praktyce Skarbowi Państwa egzekucję zasądzonych na jego rzecz kosztów. Wedle założenia propozycji będzie się do nich stosować art. 119–125 u.k.s.c., które przewidują wykonanie orzeczeń w zakresie należności sądowych. Obecnie w pojęcie należności sądowych z art. 119 u.k.s.c. nie wchodziły koszty zasądzone na rzecz Skarbu Państwa tytułem zwrotu kosztów udzielonej pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Tymczasem w orzecznictwie SN wielokrotnie wskazywano w odniesieniu do kwestii wynagrodzenia na zbliżony status biegłych i pełnomocników z urzędu w postępowaniu cywilnym⁵³. Trudno zatem zaakceptować sytuację, w której tylko tym pierwszym przyznaje się prawo do niezwłocznego wypłacenia należnego wynagrodzenia.

VI. Propozycja alternatywna co do brzmienia art. 122 k.p.c.

Proponowane zmiany wraz z zaproponowanymi modyfikacjami wydają się najlepiej służyć przedstawionym celom. Gdyby jednak nie znalazły one akceptacji, to warto wskazać niezależnie od tego na pilną potrzebę zmiany w treści art. 122 k.p.c.

⁵² Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 755 z późn. zm.).

⁵³ Por. m.in. uzasadnienie uchwały SN z 25 czerwca 2009 r., III CZP 36/09, OSNC 2010, nr 2, poz. 24.

Jak była już mowa, w razie przyjęcia reguły bezwarunkowej odpowiedzialności Skarbu Państwa za koszty nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej z urzędu należałoby uchylić art. 122 § 1 k.p.c. w obecnym brzmieniu. Jeśli jednak ustawodawca nie zdecydowałby się na taki krok, wskazany przepis i tak wymaga pilnych zmian.

W razie pozostawienia subsydiarnej odpowiedzialności Skarbu Państwa za koszty nieopłaconej pomocy prawnej niezbędne byłoby wyraźne wskazanie w art. 122 § 1 k.p.c., że sąd zasądza te koszty od strony przeciwnej na rzecz pełnomocnika. Jest to niezbędne dla ochrony adwokata lub radcy prawnego ustanowionego z urzędu. Zmniejszyloby także w praktyce problemy z odzyskaniem należnego mu wynagrodzenia. Strona, która uzyskała pomoc prawną nie powinna być w żadnym stopniu beneficjentem wynagrodzenia i kosztów poniesionych przez pełnomocnika z urzędu.

Po drugie należy usunąć przewidzianą w art. 122 § 2 k.p.c. możliwość potrącenia przez stronę przeciwną własnych zasądzonych kosztów z kosztami należnymi pełnomocnikowi. Strona przeciwna nie może bowiem uzyskiwać korzyści kosztem należnego wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu.

W takim przypadku art. 122 k.p.c. powinien przybrać brzmienie:

§ 1. W razie przyznania zwrotu kosztów stronie, dla której ustanowiono adwokata lub radcę prawnego z urzędu, wynagrodzenie i zwrot wydatków należnych adwokatowi lub radcy prawnemu zasądza się na jego rzecz.

§ 2. Na zasądzonych należnościach adwokata lub radcy prawnego przysługuje pierwszeństwo przed roszczeniami osób trzecich.

V. Konkluzje

W świetle powyższych uwag nie budzi wątpliwości potrzeba podjęcia pilnych zmian w odniesieniu do orzekania i wypłacania pełnomocnikom należnych im wynagrodzeń i zwrotu kosztów. W przeciwnym razie świadczenie usług przez pełnomocników ustanowionych przez sąd z urzędu będzie działalnością ryzykowną dla pełnomocników, a przede wszystkim będzie wpływać na jakość świadczonej pomocy osobom, którym się ona należy.

Zmiany te powinny iść w kierunku zgodnym z tendencjami europejskimi, czyli wprowadzenia pełnej zasady odpowiedzialności Skarbu Państwa za te koszty. Odpowiedzialność ta powinna być bezwarunkowa, a wypłata należnych pełnomocnikom wynagrodzeń i zwrotu kosztu powinna być niezwłoczna. Państwo powinno wziąć odpowiedzialność nie tylko za przyznanie stronie prawa do pomocy prawnej, ale także za jakość udzielonej pomocy i zagwarantowanie jej właściwego sfinansowania.

Po drugie obowiązek wypłaty należnych pełnomocnikowi kosztów od Skarbu Państwa powinien przestać być traktowany jako element orzekania o kosztach postępowania ponoszonych przez strony, a stać się należnością sądową, a więc należnością o charakterze publicznoprawnym, którą w istocie jest. W takim wypadku to Skarb Państwa

w razie obciążenia strony przeciwnej kosztami procesu powinien ściągnąć należną mu równowartość wydatkowanych środków wedle zasad, jakie obowiązują dla zwrotu należności sądowych. Wymaga to także powrotu do dyskusji nad usprawnieniem modelu ściągnięcia tych należności⁵⁴.

Należy także umożliwić pełnomocnikowi wystąpienie w uzasadnionych przypadkach (np. szczególnie długi czas oczekiwania na zakończenie postępowania) o wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie należnych mu kosztów już w toku postępowania. W szczególności powinno to być zasadą w razie cofnięcia lub wygaśnięcia zastępstwa sprawowanego z urzędu.

Niezbędne jest wprowadzenie regulacji nakazującej niezwłoczną wypłatę należnych pełnomocnikowi z urzędu kosztów, tak jak to obecnie dzieje się z należnościami świadków, biegłych czy tłumaczy.

⁵⁴ Por. m.in. T. Zawisłak, *Egzekucja należności sądowych, jako warunek spójności systemu kosztów sądowych w sprawach cywilnych*, [w:] *Nowe zasady w zakresie kosztów sądowych w postępowaniu cywilnym*, red. K. Markiewicz, Warszawa 2014, s. 27 i n.

Bibliografia

Literatura

- Apołłow K., *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki. Komentarz*, Warszawa–Kraków 1938.
- Bálasits A., *Ustawa z 1 sierpnia 1895 r. o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Procedura cywilna)*, Lwów 1895.
- Czeszejko-Sochacki Z., Krzemiński Z., *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym*, Warszawa 1975.
- Deixler-Hübner A., Klicka T., *Zivilverfahren*, Wien 2007.
- Flaga-Gieruszyńska K., *Bezpłatna pomoc prawna jako instrument wspomagający realizację konstytucyjnej zasady prawa do sądu (na przykładzie spraw cywilnych)* [w:] *Wokół konstytucji i zdrowego rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam. Prace dedykowane Profesorowi Tadeuszowi Smolińskiemu*, red. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011.
- Flaga-Gieruszyńska K., *Idea pomocy prawnej z urzędu w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Aequitas sequitur legem. Księga jubileuszowa z okazji 75. urodzin Profesora Andrzeja Zielińskiego*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2014.
- Godlewski W., *Austryackie prawo procesowe cywilne*, Lwów 1900.
- Gołąb S., *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o prawie ubogich z motywami*, [w:] „Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem”, t. I, Warszawa 1928.
- Grabowski S., *Jakie wynagrodzenie przysługuje adwokatowi zastępującemu stronę ubogą?*, „Czasopismo Adwokatów Polskich. Dział województw zachodnich” 1934, nr 7–8.
- Hauser R., *Zwolnienie od kosztów sądowych – prawo ubogich*, [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Świątkiewicza*, red. R. Hauser, L. Nawacki, Warszawa 2005.
- Hrobni J., *O zapobieganiu błędom i rozbieżnościom orzecznictwa procesowego*, „Polski Proces Cywilny” 1935, nr 17–18.
- Jodłowski J., *Czy adwokat strony ubogiej może sam egzekwować od przeciwnika sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków?*, „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 12.
- Kaczyński M., *Pełnomocnik z urzędu*, Warszawa 2014.
- Kaczyński M., *Zmiany w pomocy prawnej z urzędu w sądowym postępowaniu cywilnym dokonane ustawą z 17 grudnia 2009 r.*, „Palestra” 2011, nr 7–8.
- Kobińska A., *Zaskarżalność postanowienia o przyznaniu od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz niedopuszczalność przyznania tych kosztów poniżej stawki minimalnej*, „Palestra” 2013, nr 1–2.
- Koredczuk J., *„Prawo ubogich”, czyli rzecz o próbie pogodzenia interesu jednostki z interesem państwa*, [w:] *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawnohistoryczne*, red. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006.
- Krzemiński Z., *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971.
- Lewandowski M., *Problematyka bezpłatnej pomocy prawnej w RP na tle prawa do sądu*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 21.

- Mamiński M., *Ustanowienie pełnomocnika z urzędu po nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 15.
- Mizera S., *Sukces adwokatury austriackiej w walce o pełną odpłatność za usługi adwokackie świadczone na rzecz osób uznanych za ubogie*, „Palestra” 1973, nr 3.
- Perrot R., *Institutions judiciaires*, Paris 2010.
- Piekarski M., Vincenz H., *Przyczynki do dyskusji nad nowelizacją KPC*, „Głos Sądownictwa” 1937, nr 4.
- Pietrkowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2020.
- Płoszka A., *Publicznoprawny status jednostki skrajnie ubogiej*, Warszawa 2019.
- Pogoda B., *Uwagi do art. 121 k.p.c.*, „Głos Sądownictwa” 1938, nr 2.
- Potrzebowski K., *Zwalnianie od kosztów sądowych w sprawach cywilnych we Francji*, „Palestra” 1973, nr 2.
- Rechberger W.H., Simotta D.A., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009.
- Rylski P., *Dopuszczalność zażalenia na postanowienie w przedmiocie przyznania od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika z urzędu*, „Palestra” 2013, nr 1–2.
- Rynkun-Werner R., *Adwokat z urzędu. Podstawowe zagadnienia prawne*, Warszawa 2011.
- Schroeder M., *Wynagrodzenie adwokata ustanowionego dla strony zwolnionej od kosztów i wynagrodzenie obrońcy z urzędu (uwagi «de lege ferenda»)*, „Palestra” 1958, nr 1.
- Sorysz M., *Ustanowienie dla strony pełnomocnika z urzędu oraz obowiązki pełnomocnika w postępowaniu cywilnym na tle nowelizacji KPC z 17.12.2009 r. – zagadnienia wybrane*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 12.
- Supera Ł., *Stawki mniejsze niż życie*, „Palestra” 2012, nr 7–8.
- Szczepański J., *Wniosek o zwrot kosztów pomocy prawnej z urzędu – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18.09.2017 r. (V CSK 677/16)*, „Palestra” 2019, nr 4.
- Windakiewicz J., *Ustawa o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Procedura cywilna)*, Warszawa 1925.
- Zawiślak T., *Egzekucja należności sądowych, jako warunek spójności systemu kosztów sądowych w sprawach cywilnych*, [w:] *Nowe zasady w zakresie kosztów sądowych w postępowaniu cywilnym*, red. K. Markiewicz, Warszawa 2014.
- Zembrzusi T., *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Aurela praxis, aurea theoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 1, red. K. Weitz, J. Gudowski, Warszawa 2011.
- Zieliński A., *Najnowsze zmiany Kodeksu postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 7.

Akty prawne

- Loi n° 91–647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. poz. 1801).

- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 18).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 68).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 7 października 1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 86, poz. 733).
- Ustawa z 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 944 z późn. zm.).
- Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania (Dz.U. z 2005 r. nr 10, poz. 67 z późn. zm.).
- Ustawa z 17 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r. nr 7, poz. 45).
- Ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1184).
- Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 755 z późn. zm.).
- Ustawa z 4 maja 1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 33, poz. 289).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. 2022, poz. 1166).

Orzeczenia

- Wyrok TK z 23 kwietnia 2020 r., SK 66/19, OTK-A 2020, nr 13.
- Orzeczenie SN z 19 sierpnia 1938 r., C.I. 1162/37, PS 1939/1, poz. 42.
- Orzeczenie SN z 2 listopada 1954 r., 2 CZ 248/54, PiP 1955/1, s. 150.
- Postanowienie SN z 14 lipca 2010 r., V CZ 51/10, LEX nr 1375553.
- Postanowienie SN z 14 października 1998 r., II CKN 687/98, OSNC 1999, nr 3, poz. 63.
- Postanowienie SN z 17 listopada 2009 r., III CZ 53/09, OSNC 2010/5, poz. 79.
- Postanowienie SN z 18 maja 2011 r., III CZ 25/11, LEX nr 864008.
- Postanowienie SN z 25 maja 2010 r., I CZ 29/10, LEX nr 1308015.
- Postanowienie SN z 8 września 1982 r., I CZ 83/82, „Palestra” 1985, nr 3–4, poz. 28.
- Uchwała SN z 1 marca 1989 r., III CZP 12/89, LEX nr 463039.
- Uchwała SN z 13 stycznia 2017 r., III CZP 87/16, OSNC 2017/9, poz. 99, LEX nr 2186048.
- Uchwała SN z 20 maja 2011 r., III CZP 14/11, OSNC 2012, nr 1, poz. 2, s. 9.
- Uchwała SN z 25 czerwca 2009 r., III CZP 36/09, OSNC 2010, nr 2, poz. 24.
- Uchwała SN z 8 marca 2012 r., III CZP 2/12, OSNC 2012, nr 10, poz. 115, s. 30.

Jarosław Zagrodnik¹

Uniwersytet Śląski

ORCID ID: 0000-0003-0428-8067

PRAWO DO KORZYSTANIA Z POMOCY OBROŃCY W ŚWIELE ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu jest analiza standardu prawa oskarżonego do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, wypracowanego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jej celem jest zobrazowanie szerokiego rozumienia tego prawa przez Trybunał, które znajduje oparcie nie tylko w jego esencjonalnych składnikach treściowych, ale również w jego powiązaniu z zasadą rzetelnego procesu. Przybliżeniu w ten sposób podlega zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy, kwestia zrzeczenia się tego prawa, przesłanki wyznaczenia obrońcy z urzędu oraz kryteria realizacji standardu gwarancyjnego, który z tego prawa wynika. Puentę stanowi kilka refleksji wynikających z zestawienia „konwencyjnego” standardu prawa do korzystania z pomocy obrońcy z jego uregulowaniem w polskim porządku prawnym.

Słowa kluczowe: prawo do obrony, obrońca, oskarżony, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzecznictwo

¹ Profesor Uniwersytetu Śląskiego, radca prawny, ekspert Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji KRRP w sprawach karnych, karnoskarbowych i odpowiedzialności dyscyplinarnej.

I. Wprowadzenie

Prawo do korzystania z pomocy obrońcy jest rdzennym składnikiem prawa do obrony oskarżonego. To niemal oczywiste stwierdzenie znajduje jednoznaczne umocowanie w treści art. 6 k.p.k., natomiast na gruncie europejskiego porządku prawnego przede wszystkim w art. 6 ust. 3 lit. c Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności², z którego wynika, że oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma prawo do bronięcia się przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeżeli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości. Na płaszczyźnie prawa Unii Europejskiej prawo do uzyskania porady prawnej i korzystania z pomocy obrońcy jest dodatkowo wprost wyrażone w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej³.

Wyróżnienie prawa do korzystania z pomocy obrońcy w powołanych przepisach najlepiej świadczy o randze, jaką przyznaje się mu zarówno w wymiarze krajowym, jak i europejskim⁴. Nie powinno być w tym zgoła nic zaskakującego, jeśli tylko weźmie się pod uwagę rolę obrońcy w aspekcie całościowej realizacji prawa do obrony oskarżonego. Można powiedzieć, że jego aktywność po stronie oskarżonego wpływa bezpośrednio na zakres wykorzystania przysługujących tej stronie uprawnień procesowych⁵. Stanowiąc ich dopełnienie, służy jednocześnie zapewnieniu realizacji tych uprawnień w sposób najbardziej efektywny, oparty na profesjonalizmie obrońcy. Jest więc podyktowana racją fachowości tego przedstawiciela procesowego, z którą można powiązać ściśle zdolność faktycznego wyręczenia oskarżonego jako strony procesowej, nabierającą znaczenia choćby w aspekcie sprawniejszej i łatwiejszej komunikacji z organami procesowymi czy ich zapleczem administracyjnym. Fachowość warunkuje korzystanie przez oskarżonego z przysługujących mu uprawnień w przypadku czynności objętych tzw. przymusem adwokacko-radcowskim, np. apelacji od wyroku sądu okręgowego czy kasacji, które do swej skuteczności wymagają sporządzenia i podpisania przez radcę prawnego lub adwokata (art. 446 § 1 i art. 526 § 2 k.p.k.). Sprzyja ona również zachowaniu odpowiedniego dystansu do sprawy, pozwalającego wyraźniej widzieć istotne dla sprawy kwestie i trzeźwo oceniać stan faktyczno-prawny sprawy, a w konsekwencji dokonać właściwego wyboru optymalnej taktyki i strategii obrończej. Poufność kontaktu obrońcy z oskarżonym w powiązaniu ze spoczywającym na tym przedstawicielu procesowym obowiązkiem działania wyłącznie na korzyść oskarżonego sprawiają, że w aspekcie obrony w sprawie karnej obrońca staje się często osobą najbardziej zaufaną dla oskarżonego, dostarczającą mu istotnego wsparcia psychicznego i mentalnego⁶.

² Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 2854 z późn. zm. Konwencja jest dalej określana jako: e.k.p.c.

³ Dz.U. Unii Europejskiej z 2016 r., C 202.

⁴ Na marginesie można zauważyć, że w wymiarze globalnym prawo do korzystania z pomocy obrońcy znajduje oparcie w art. 14 ust. 3 lit. d Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, otwartego do podpisu w dniu 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167).

⁵ P. Wiliński, *System*, [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. III, *Zasady procesu karnego*, s. 1543, Warszawa 2014.

⁶ Przedstawione racje przemawiające na rzecz korzystania z pomocy obrońcy stanowią nawiązanie do racji wyszczególnionych w piśmiennictwie przez S. Waltosia, [w:] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 308–309.

Podniesione względy, świadczące dobitnie o znaczeniu pomocy prawnej udzielanej oskarżonemu przez obrońcę, uzasadniają zarazem pochylenie się nad współczesnym wzorcem (standardem) prawa do korzystania z pomocy obrońcy. Jest on niewątpliwie genetycznie zakotwiczony w treści powołanego wyżej art. 6 e.k.p.c. Ogólna norma wyrażona w tym przepisie, a tym samym pierwotnie zakreślony w niej wzorzec, znajduje rozwinięcie i uszczegółowienie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Wymaga podkreślenia, że znaczenie tego orzecznictwa nie ogranicza się jedynie do płaszczyzny stosowania prawa i przedstawienia właściwego sposobu rozumienia prawa do korzystania z pomocy obrońcy. W obszarze prawnym Unii Europejskiej „wykuwany” w wyrokach ETPC standard prawa do obrony, w tym do korzystania z pomocy obrońcy, istotnie oddziałuje na kształt unijnego prawa wtórnego, w którym znajduje odzwierciedlenie w trzech dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady, mianowicie dyrektywie 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym⁷, dyrektywie 2013/48/UE z 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności⁸ (określanej dalej mianem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym), oraz dyrektywie 2016/1919/UE z 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym, oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania⁹.

Przybliżenie w dalszej części niniejszego opracowania wzorca prawa oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy, który wyłania się z orzecznictwa ETPC, służy wykazaniu jego szerokiego i wieloaspektowego ujęcia przez Trybunał, przez którego pryzmat należy oceniać rozwiązania prawne w zakresie unormowania prawa do obrony w poszczególnych krajowych porządkach prawnych na gruncie europejskim. Urzeczywistnienie tego założenia badawczego wymaga w pierwszym rzędzie zwrócenia uwagi na zakres podmiotowy omawianego prawa oraz jego wyraźne powiązanie z zasadą rzetelnego procesu i wynikające z tego konsekwencje. Na tym podłożu zobrazowane zostaną składniki treściowe prawa do korzystania z pomocy obrońcy, kwestia zrzeczenia się tego prawa, przesłanki wyznaczenia obrońcy z urzędu oraz kryteria realizacji standardu gwarancyjnego, który z tego prawa wynika. Klamrą zamykającą rozważania jest próba całościowego spojrzenia na wzorzec prawa do korzystania z pomocy obrońcy, znajdujący ugruntowanie w orzecznictwie ETPC, przy uwzględnieniu uregulowania tego prawa w polskim porządku prawnym. Zważywszy na tytuł opracowania, jedynie gwoli uniknięcia niedomówień można zaznaczyć, że ma ono charakter dogmatyczny, a jego rdzeniem jest analiza logiczno-językowa praktyki orzeczniczej ETPC i unormowań prawnych, na których ona bazuje.

7 Dz.U. Unii Europejskiej z 2012 r., L 142.

8 Dz.U. Unii Europejskiej z 2013 r., L 294.

9 Dz.U. Unii Europejskiej z 2016 r., L 297.

II. Zakres podmiotowy prawa do korzystania z pomocy obrońcy

Kwestia zakresu podmiotowego prawa do korzystania z pomocy obrońcy sprowadza się do ustalenia, kto jest jego beneficjentem. Nie wystarczy w tym względzie poprzestać na odnotowaniu, że zgodnie z treścią art. 6 ust. 3 *in principio* e.k.p.c. analizowane prawo przysługuje oskarżonemu o popełnienie czynu zagrożonego karą, ponieważ nie wynika z tego jeszcze, kiedy określona osoba uzyskuje taki status, z innej zaś perspektywy, co przesądza o uzyskaniu statusu oskarżonego, dającego prawo do obrony, w tym korzystania z pomocy obrońcy. W świetle orzecznictwa ETPC bez ryzyka popełnienia błędu można stwierdzić, że pojęcie „oskarżonego” podlega na jego gruncie wyjaśnieniu w sposób autonomiczny względem rozumienia tego terminu na gruncie porządków prawnych państw skupionych w Radzie Europy. Do niekwestionowanych należy pogląd, że pojęcia oskarżonego w kontekście normatywnym wynikającym z art. 6 e.k.p.c. nie można zakresowo zacieśniać poprzez jego odniesienie do osób, wobec których wniesiono oskarżenie (skierowano sprawę karną) do sądu. Można natomiast natrafić w polskim piśmiennictwie na stanowisko, zgodnie z którym w ustalonym kontekście analizowane pojęcie należy łączyć z oficjalnym poinformowaniem przez właściwy organ określonej osoby o zarzucie popełnienia przestępstwa. Zgodnie z tym zapatrywaniem ze stanem szeroko rozumianego oskarżenia w znaczeniu art. 6 e.k.p.c. „mamy do czynienia” w razie formalnego sformułowania wobec określonej osoby zarzutów¹⁰. Wynikałoby z tego, że o statusie oskarżonego po myśli powołanego przepisu przesądza formalne skierowanie przeciwko niemu ścigania karnego. Wniosku takiego niepodobna zaakceptować, tak samo jak poprzedzającego jego sformułowanie stanowiska, które wydaje się przejawem dość powierzchownej analizy orzecznictwa ETPC. Nie trzeba wszak wyjątkowej wnikliwości, aby dostrzec, że w orzecznictwie tym wyraźnie przyjmuje się, iż istnienie oskarżenia, a co za tym idzie status oskarżonego nie musi koniecznie wynikać z oficjalnego poinformowania przez właściwy organ o zarzucie przestępstwa, lecz może stanowić konsekwencję innych faktów wpływających w poważnym stopniu na sytuację procesową określonej osoby jako podejrzanego¹¹. Zgodnie ze stanowiskiem ETPC „oskarżenie w sprawie karnej” w autonomicznym, konwencyjnym rozumieniu tego „oskarżenia” obejmuje swoim pojęciowym zakresem nie tylko przypadki, w których określonej osobie formalnie został przyznany status podejrzanego, ale także te, w których władze krajowe dysponują wiarygodnymi powodami, by podejrzewać udział określonej osoby w przestępstwie¹². Sięgając do przykładów, Trybunał przyjmuje, że prawo dostępu do obrońcy powstaje nie tylko wtedy, gdy osoba zostaje zatrzymana lub przesłuchana przez policję, ale może mieć również znaczenie i powstać w ramach procedury identyfikacji czy procesowej rekonstrukcji wydarzeń i kontroli na miejscu przestępstwa¹³.

¹⁰ Tak C. Golik, *Funkcja informacyjna przedstawienia zarzutów*, WPP 2021, nr 3, s. 33–34.

¹¹ Tak m.in. orzeczenie ETPC z 10 grudnia 1982 r. w sprawie Corigliano przeciwko Włochom, A 57; orzeczenie ETPC z 10 grudnia 1982 r. w sprawie Foti i inni przeciwko Włochom, A 56; orzeczenie ETPC z 21 lutego 1984 r. w sprawie Öztürk przeciwko Niemcom, skarga nr 16500/04.

¹² Wyrok ETPC z 29 czerwca 2016 r. w sprawie Truten przeciwko Ukrainie, skarga nr 18041/08; wyrok ETPC z 24 stycznia 2019 r. w sprawie Knox przeciwko Włochom, skarga nr 76577/13.

¹³ Wyrok ETPC z 17 lutego 2009 r. w sprawie İbrahim Öztürk przeciwko Turcji, skarga nr 16500/04; wyrok ETPC z 23 października 2018 r. w sprawie Mehmet Duman przeciwko Turcji, skarga nr 38740/09.

Przedstawione stanowisko, reprezentowane w orzecznictwie ETPC, znajduje obecnie odzwierciedlenie na płaszczyźnie unijnego prawa wtórnego, m.in. w treści art. 3 ust. 2 lit. a oraz art. 3 ust. 3 dyrektywy w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym, z których wynika, że podejrzanemu przysługuje prawo do kontaktu z obrońcą jeszcze przed jego przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania, lub organ sądowy. Jego najbardziej dobitnym potwierdzeniem jest określenie zakresu zastosowania powołanej dyrektywy, z którego jednoznacznie wynika, że podejrzanymi lub oskarżonymi w myśl jej przepisów są nie tylko osoby oficjalnie poinformowane, ale również w inny sposób powiadomione o tym, że są podejrzane lub oskarżone o popełnienie przestępstwa (art. 2 ust. 1 dyrektywy w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym). Niejako dodatkowo, w art. 2 ust. 3 omawianej dyrektywy, podkreśla się, że jej przepisy znajdują zastosowanie do osób niebędących podejrzanymi ani oskarżonymi, które uzyskują taki status dopiero w toku przesłuchania ich przez policję lub inny organ ścigania (art. 2 ust. 3 dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym).

Poczynione obserwacje upoważniają do skonkludowania, że konwencyjny wzorzec prawa do obrony zakłada szerokie rozumienie „oskarżonego”, zgodnie z którym obok osób, które formalnie zostały poinformowane o stawianym im zarzucie popełnienia przestępstwa, status ten przysługuje osobom powiadomionym o tym w inny sposób, np. poprzez podjęcie wobec nich pierwszej czynności skierowanej na ich ściganie¹⁴.

III. Relacja między prawem do korzystania z obrońcy i prawem do rzetelnego procesu

Przechodząc do analizy prawa oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy, od strony treściowej konieczne staje się podkreślenie, że prawo to jest w orzecznictwie ETPC ujmowane nie jako cel sam w sobie, lecz jako jeden ze szczególnych aspektów ogólnego prawa do rzetelnego procesu¹⁵. Przyjmując nieco szerszą perspektywę i uwzględniając

¹⁴ W tym duchu wypowiada się zarówno polski Trybunał Konstytucyjny, jak i Sąd Najwyższy. Zob. wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK-A 2008, nr 5; wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, OTK-A 2012, nr 1; wyrok SN z 9 lutego 2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42. Na marginesie nie może ująć uwagi, że na gruncie ustawy karnoprocesowej obowiązuje węższe rozumienie terminu „oskarżony”, zgodnie z którym beneficjentem prawa do obrony jest osoba, względem której formalnie skierowano postępowanie karne i w konsekwencji tego uzyskała ona status procesowy podejrzanego (*arg. ex art. 71 k.p.k.*). Ten stan rzeczy należy ocenić krytycznie nie tylko z perspektywy szerokiego rozumienia tego pojęcia na gruncie unijnym, ale również z punktu widzenia zgodności obowiązującej regulacji kodeksowej z Konstytucją RP. Dodatkowo jedynie można zauważyć, że nie w świetle wymienionych przepisów dyrektywy należy z całą mocą podkreślić, że deklaracja ustawodawcy ujęta w odnośniku 1 do komentowanego kodeksu, stwierdzająca realizację zawartych w tych przepisach postanowień, nie znajduje oparcia w szczegółowych rozwiązaniach tego kodeksu (zob. szerzej *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2020, s. 21–25).

¹⁵ Wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09; wyrok ETPC z 12 maja 2017 r. w sprawie Simeonov przeciwko Bułgarii, skarga nr 21980/04. W analogiczny sposób ujmował prawa do obrony W. Daszkiewicz, [w:] *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, 2000, s. 83.

ogół uprawnień obrończych oskarżonego, można powiedzieć, że są one podporządkowane zapewnieniu lub przyczynieniu się do zapewnienia rzetelności postępowania karnego jako całości. Z tego też względu wymagają interpretacji przez pryzmat funkcji, jaką pełnią w ogólnym kontekście postępowania¹⁶, a ich naruszenie podlega weryfikacji przez pryzmat wpływu na bezpowrotne uchybienie rzetelności całego postępowania.

Chcąc w pełni zobrazować zależność między prawem do korzystania z pomocy obrońcy i rzetelnością procesu karnego, warto odwołać się do klasycznego już dzisiaj orzeczenia ETPC wydanego w sprawie Salduz przeciwko Turcji¹⁷. W sprawie tej oskarżony nie miał dostępu do obrońcy w czasie przesłuchania przez policję oraz przed prokuratorem i sędzią śledczym, a brak takiego dostępu nie był podyktowany szczególnymi względami to uzasadniającymi, lecz miał charakter systemowy w tym sensie, że wynikał z obowiązujących przepisów prawa. W wyjaśnieniach złożonych przed policję oskarżony przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów. Mimo że w toku dalszego postępowania konsekwentnie zaprzeczał tym wyjaśnieniom, stanowiły one podstawę jego skazania. Ustosunkowując się do zarysowanego ogólnie stanu faktycznego, ETPC stwierdził, że założenie praktyczności i skuteczności praw gwarantowanych w e.k.p.c. wymaga, by co do zasady prawo dostępu do obrońcy przysługiwało podejrzanemu, począwszy od jego pierwszego przesłuchania przez policję. Kilka istotnych powodów przemawia zdaniem Trybunału za zapewnieniem podejrzanemu prawa do korzystania z pomocy obrońcy na wczesnym etapie procesowym. Przede wszystkim znaczenie materiału dowodowego zgromadzonego na tym etapie dla wyznaczenia ogólnych ram rozpoznania zarzucanych czynów w toku procesu karnego, a więc – można powiedzieć – dla ukształtowania programu rozpoznania sprawy przez sąd¹⁸. Ponadto względ na szczególnie trudną sytuację, w jakiej znajduje się podejrzany na wstępnym etapie procesowym, którą pogłębia złożoność obowiązujących przepisów prawa karnego procesowego, w szczególności w zakresie dotyczącym zasad gromadzenia i wykorzystania dowodów w procesie karnym¹⁹. Zrekompensowanie tej szczególnej sytuacji należy łączyć z pomocą obrońcy i dbałością z jego strony o poszanowanie praw podejrzanego. Dostęp do obrońcy na wczesnym etapie postępowania służy zagwarantowaniu, że czynności procesowe zmierzające do udowodnienia stawianych podejrzanemu zarzutów nie będą prowadziły do uzyskania wyjaśnień pod przymusem lub wbrew jego woli, innymi słowy, że nie nastąpi naruszenie istoty przywileju wolności od samooskarżenia²⁰. W przypadku podejrzanego pozbawionego wolności analizowany dostęp jest zarazem podstawowym zabezpieczeniem przed złym traktowaniem²¹. W przytoczonych argumentach należy

16 Wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/73; wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, połączone skargi o nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09.

17 Wyrok ETPC z 27 listopada 2008 r. w sprawie Salduz przeciwko Turcji, skarga nr 36391/02.

18 Wyrok ETPC z 12 lipca 1984 r. w sprawie Can przeciwko Austrii, nr 9300/81.

19 Analogiczne zapatrywanie znajduje odbicie w wyroku ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09.

20 Wyrok ETPC z 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00.

21 Przytoczone racje, uzasadniające dostęp oskarżonego do obrońcy, zostały nieco szerzej zaprezentowane w wyroku ETPC z 9 listopada 2018 r. w sprawie Beuze przeciwko Belgii (skarga nr 71409/10),

widzieć konkretyzację i egzemplifikację zaprezentowanych na początku racji świadczących o doniosłości pomocy prawnej ze strony profesjonalnego obrońcy.

Nie podważając bynajmniej podniesionych argumentów, przemawiających na rzecz zapewnienia podejrzanemu dostępu do obrońcy na wczesnym etapie procesowym, ETPC w omawianym orzeczeniu dopuścił na zasadzie wyjątku możliwość ograniczenia tego dostępu, opatrując ją jednak zastrzeżeniem nakazującym dwuetapową weryfikację takiego ograniczenia.

W pierwszym etapie kontroli podlega jego zasadność. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału ku ograniczeniu dostępu do obrońcy na wczesnym etapie procesowym muszą istnieć ważne powody. W orzecznictwie podkreśla się rygorystyczny charakter tego kryterium, przesądzający o tym, że ograniczenie jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowych okolicznościach, musi mieć charakter tymczasowy oraz opierać się na indywidualnej ocenie szczególnych okoliczności sprawy. Tak kwalifikowane może być ograniczenie wynikające np. z pilnej potrzeby uniknięcia poważnych negatywnych konsekwencji dla życia, wolności lub integralności cielesnej w danej sprawie. Nie stanowi ważnego powodu uzasadniającego ograniczenie dostępu do obrońcy obawa policji, że dopuszczenie pomocy prawnej spowodowałoby ostrzeżenie innych podejrzanych, a więc ogólne ryzyko przecieków, nieoparte dowodami w konkretnej sprawie²². Nie dostarcza go również odwołanie się do praktyki administracyjnej władz²³.

W drugim etapie uszczerbek dla prawa do obrony spowodowany ograniczeniem dostępu do obrońcy podlega waznieniu przez pryzmat rzetelności postępowania²⁴. Nawet gdy takie ograniczenie jest uzasadnione ważnymi powodami, należy je uznać za niedopuszczalne, jeżeli w świetle całości postępowania jego skutkiem jest pozbawienie oskarżonego rzetelnego procesu. W sprawie Salduz przeciwko Turcji ETPC w taki sposób zakwalifikował ograniczenie dostępu do pomocy obrońcy na wczesnym etapie postępowania, podkreślając nieodwracalność naruszenia w ten sposób prawa do obrony ze względu na oparcie skazania na wyjaśnieniach podejrzanego złożonych przed policją bez dostępu do obrońcy. Warto odnotować, że u podłoża tego zapatrywania leżało stwierdzenie, że pomoc świadczona przez obrońcę w toku dalszego postępowania i jego kontrydiktoryjny charakter nie mogły naprawić nieprawidłowości, do których doszło w trakcie przesłuchania policyjnego.

W podobnym duchu wypowiedział się ETPC w sprawie Beuze przeciwko Belgii, w której podejrzany został przesłuchany w areszcie policyjnym bez możliwości skonsultowania

w której Trybunał stwierdził, że dostęp ten służy zapobieganiu pomyłkom sądowym, zapewnieniu równości stron między organami ścigania i oskarżonym, stworzeniu przeciwwagi dla bezbronności podejrzanych przebywających w areszcie, podstawowemu zabezpieczeniu przed przymusem i złym traktowaniem podejrzanych przez policję, zapewnieniu poszanowania prawa oskarżonego do nieoskarżania siebie i zachowania milczenia oraz zapobieżeniu nieuczciwości wynikającej z braku odpowiednich informacji o przysługujących oskarżonemu prawach.

²² Wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09.

²³ Wyrok ETPC z 12 maja 2017 r. w sprawie Simeonov przeciwko Bułgarii, skarga nr 21980/04.

²⁴ Zob. też wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09; wyrok ETPC z 12 maja 2017 r. w sprawie Simeonov przeciwko Bułgarii, skarga nr 21980/04.

się wcześniej z obrońcą i bez możliwości zapewnienia jego obecności, a w toku dalszego śledztwa sądowego obrońca nie uczestniczył w jego przesłuchaniach i innych czynnościach dochodzeniowych. W tych warunkach, bez uzyskania wystarczająco wyraźnej informacji o uprawnieniu do odmowy złożenia oświadczeń dowodowych, podejrzany kilkakrotnie składał wyjaśnienia, które znacząco wpłynęły na jego sytuację procesową. Trybunał uznał, że opisanych wad proceduralnych, związanych z brakiem dostępu do pomocy obrońcy oraz dostatecznej informacji o prawie odmowy składania wyjaśnień, nie naprawiło dalsze postępowanie karne. Stwierdzając w konsekwencji, że przełożyły się one na nierzetelność postępowania karnego rozpatrywanego całościowo, wyraził pogląd, że w realiach konkretnej sprawy i konkretnego systemu prawnego stwierdzenie to może być wynikiem odmowy lub utrudnienia obrońcy dostępu do akt sprawy na najwcześniejszych etapach postępowania karnego lub dochodzenia przedprocesowego oraz braku jego udziału w działaniach dochodzeniowych, takich jak konfrontacje lub rekonstrukcje.

Uwidocznione na przykładzie powołanych wyroków ETPC wyraźne *iunctim* między ograniczeniem dostępu do pomocy obrońcy i standardem rzetelności postępowania skłania do tego, aby skierować uwagę na niewyczerpującą listę czynników, które w ocenie Trybunału winny być brane pod uwagę w ramach weryfikacji nieprawidłowości czy zaniedbań proceduralnych mających miejsce w trakcie postępowania przygotowawczego, w tym rzecz jasna w zakresie zapewnienia dostępu do pomocy obrońcy, pod kątem rzetelności procesu karnego ujmowanego całościowo i wpływu na jej uchybienie w sposób nieodwracalny. Czynniki te dotyczą następujących aspektów sprawy:

- » tego, czy skarżący był osobą podlegającą szczególnej ochronie ze względu na swój wiek bądź stan zdrowia psychicznego;
- » ram prawnych regulujących postępowanie przygotowawcze oraz dopuszczalność dowodów, a także ich zgodność z tymi ramami;
- » tego, czy skarżący miał szansę skonfrontowania autentyczności dowodów i sprzeciwienia się ich wykorzystaniu;
- » jakości dowodów oraz tego, czy okoliczności ich uzyskania wywołują wątpliwości co do ich rzetelności i trafności, biorąc pod uwagę stopień i naturę ewentualnego przymusu;
- » jeżeli dowody zostały uzyskane w sposób bezprawny – charakteru tej bezprawności, a gdy wynika ona z naruszenia innego przepisu e.k.p.c. – charakteru tego naruszenia;
- » w przypadku zeznań, ich natury oraz czy zostały niezwłocznie wycofane lub zmienione;
- » kwestii wykorzystania dowodów, a w szczególności tego, czy stanowią integralną lub istotną część materiału dowodowego, na którym oparto skazanie, a także wartości innych dowodów w sprawie;
- » tego, czy ocena winy została dokonana przez profesjonalnych sędziów lub asesorów, a w innych przypadkach przez członków ławy przysięgłych;
- » wagi interesu bezpieczeństwa publicznego w trakcie śledztwa i kary za konkretne przestępstwo;
- » innych właściwych gwarancji proceduralnych przewidzianych prawem krajowym i praktyką.

Uwzględniając wyróżnione aspekty oceny rzetelności postępowania karnego jako całości, nie powinno być zgoda nic zaskakującego w stanowisku, zgodnie z którym gwarancja tej rzetelności nie może polegać wyłącznie na istnieniu mechanizmów zabezpieczających ją w sposób abstrakcyjny, wynikających z obowiązujących przepisów. Jej realność i skuteczność wymaga weryfikacji w drodze sprawdzenia, czy mechanizmy te zadziałały w konkretnym wypadku²⁵.

IV. Zrzeczenie się prawa do korzystania z pomocy obrońcy

Z prawem do korzystania z pomocy obrońcy integralnie łączy się kwestia zrzeczenia się tego prawa. Dopuszczalność takiego zrzeczenia się nie jest w zasadzie analizowana w orzecznictwie ETPC, co wydaje się w pełni zrozumiałe, ponieważ wpisuje się ono niejako w istotę przysługującego oskarżonemu prawa, pozostającego wszakże w jego dyspozycji, tak gdy chodzi o skorzystanie, jak i rezygnację z niego. Przedmiotem analizy są natomiast warunki prawidłowego i skutecznego zrzeczenia się prawa do obrońcy. W tej materii Trybunał przyjmuje standard „świadomego i przemyślanego zrzeczenia się”, podkreślając, że jego niezbędnym warunkiem jest świadomość podejrzanego co do przysługującego mu prawa do obrońcy i zachowania milczenia oraz przywileju wolności od samooskarżenia. Z kolei świadomość tych praw wymaga uprzedniego poinformowania podejrzanego o ich posiadaniu, a brak odpowiedniej informacji w tym względzie w zasadzie nie może znaleźć usprawiedliwienia i dyskwalifikuje skuteczność zrzeczenia się pomocy obrońcy²⁶. Sama świadomość posiadanych praw jednak nie wystarczy. Żeby zrzeczenie się dostępu do pomocy obrońcy było skuteczne, oświadczenie woli podejrzanego w tym zakresie musi być dobrowolne. Warunek ten w sposób niemal oczywisty wyklucza skuteczność zrzeczenia się analizowanego prawa, jeżeli oskarżony został poddany nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu przez policję²⁷. Zrzeczenie się pomocy obrońcy uznaje się w orzecznictwie ETPC za odwołalne, przyjmując, że traci ono ważność, jeżeli oskarżony w następstwie uprzedniego zrzeczenia się pomocy wystąpi z wyraźnym wnioskiem o umożliwienie mu dostępu do obrońcy i pomocy z jego strony²⁸.

V. Minimalny standard gwarancji prawa do korzystania z pomocy obrońcy

W aspekcie przedmiotowym zasadnicze znaczenie ma ustalenie minimalnych składników treściowych prawa do korzystania z pomocy obrońcy, bez których nie może być

²⁵ Zob. wyrok ETPC z 9 listopada 2018 r. w sprawie Beuze przeciwko Belgii, skarga nr 71409/10.

²⁶ Zob. wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09. Por. także wyrok ETPC w sprawie Dvorski przeciwko Chorwacji z 20 października 2015 r., skarga nr 25703/11.

²⁷ Zob. wyrok ETPC z 6 stycznia 2016 r. w sprawie Turbylev przeciwko Rosji, skarga nr 4722/09.

²⁸ Wyrok ETPC z 16 maja 2017 r., Artur Parkhomenko przeciwko Ukrainie, skarga nr 40464/05.

w ogóle mowy o jego realnym zagwarantowaniu. W orzecznictwie ETPC dokonuje się wyodrębnienia dwóch takich składników, mianowicie:

- » prawa do kontaktu i konsultacji z obrońcą przed przesłuchaniem, obejmującego również prawo udzielenia prawnikowi poufnych instrukcji oraz
- » możliwości fizycznej obecności obrońcy na pierwszym przesłuchaniu na policji i na każdym następnym w toku postępowania przygotowawczego²⁹.

W odniesieniu do każdego z tych elementów składowych prawa do korzystania z pomocy obrońcy można powiedzieć, bez ryzyka popełnienia większego błędu, że warunkują w sposób konieczny efektywność i praktyczność świadczonej pomocy prawnej.

W aspekcie prawa do kontaktu i konsultacji z obrońcą uwaga ETPC koncentruje się głównie na zapewnieniu poufności tego kontaktu. Do niekwestionowanych można zaliczyć stwierdzenie, że relacja między obrońcą i oskarżonym bazuje na wzajemnym zaufaniu i zrozumieniu, warunkującym efektywność (praktyczność) obrony³⁰. Dostrzegając w tym kontekście wagę możliwości komunikowania się obrońcy z oskarżonym bez obecności osób trzecich, Trybunał dopuszcza możliwość ograniczenia poufności kontaktu między nimi jedynie w wyjątkowych wypadkach, związanych z występowaniem przekonujących ku temu powodów. W kręgu takich powodów umiejscawia wykazanie w sposób przekonujący, że zachodzi ryzyko zmywy w drodze kontaktów oskarżonego z obrońcą albo istnieją podstawy do kwestionowania etyki zawodowej obrońcy lub legalności jego działań czy uzasadnione podstawy do przyjęcia, że obrońca nadużyje poufności kontaktu z oskarżonym lub że niesie ona ze sobą niebezpieczeństwo popełnienia poważnego przestępstwa³¹. Podyktowane takimi względami ograniczenia w zakresie możliwości komunikowania się oskarżonego z obrońcą nie mogą przekreślać skutecznej pomocy prawnej, do której uprawniony jest oskarżony³². Oceniając je pod kątem naruszenia w sposób nieodwracalny rzetelności postępowania ujmowanego jako całość, należy mieć na względzie dodatkowo czas stosowania tych ograniczeń, czas zapewnienia oskarżonemu poufnego kontaktu z obrońcą w aspekcie jego dostateczności dla efektywnej obrony oraz stopień procesowego wykorzystania oświadczeń oskarżonego złożonych w sytuacji, w której nie miał możliwości kontaktu z obrońcą bez obecności osób trzecich³³. W orzecznictwie ETPC ograniczenia poufności kontaktu oskarżonego z obrońcą, uchybiające standardom gwarancyjnym wynikającym z art. 6 e.k.p.c., upatruje się m.in. w podsłuchiowaniu rozmów telefonicznych między wymienionymi podmiotami, obsesyjnym ograniczeniu liczby i długości wizyt obrońcy u oskarżonego, naruszeniu poufności komunikacji między nimi podczas wideokonferencji,

²⁹ Wyrok ETPC z 9 listopada 2018 r. w sprawie Beuze przeciwko Belgii, skarga nr 71409/10.

³⁰ Wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03.

³¹ Zob. wyrok ETPC z 28 listopada 1991 r. w sprawie S. przeciwko Szwajcarii, skargi nr 12629/87 i 13965/88; wyrok ETPC z 13 stycznia 2019 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce, skarga nr 52479/99; wyrok ETPC z 25 lipca 2013 r. w sprawie Khodorkovsky i Lebedev przeciwko Rosji, skargi nr 11082/06 i 13772/05.

³² Wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03.

³³ Wyrok ETPC z 13 stycznia 2019 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce, skarga nr 52479/99; wyrok ETPC z 25 lipca 2013 r. w sprawie Khodorkovsky i Lebedev przeciwko Rosji, skargi nr 11082/06 i 13772/05; wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03.

uniemożliwieniu, ze względu na sprawowany nadzór, poufnego kontaktu oskarżonego z obrońcą na sali sądowej, bezpodstawnym ograniczeniu przez prokuratora poufnego kontaktu poprzez zastrzeżenie, że będzie przy nim obecny, czy grożeniu oskarżonemu sankcjami w razie przekazania poufnych informacji obrońcy³⁴.

W aspekcie umożliwienia fizycznej obecności obrońcy w trakcie przesłuchania na uwypuklenie zasługuje to, że dla potrzeb zagwarantowania prawa do korzystania z pomocy obrońcy nie wystarczy samo przez się zezwolenie na bierną obecność w trakcie przesłuchania. Niezbędne jest stworzenie możliwości aktywnego niesienia pomocy oskarżonemu i interwencji w celu poszanowania praw podejrzanego, m.in. poprzez zwracanie oskarżonemu uwagi w trakcie jego przesłuchania, że ma prawo do milczenia i odmowy udzielenia odpowiedzi na postawione pytania. Prawo podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy nie ogranicza się do samej fazy zadawania pytań i udzielania odpowiedzi w trakcie przesłuchania, lecz rozciąga się również na te części przesłuchania, w których złożone oświadczenia dowodowe podlegają odczytaniu, a podejrzany jest proszony o ich potwierdzenie i podpisanie. Z uwagi na wyeksponowane już wcześniej argumenty przemawiające na rzecz zagwarantowania podejrzanemu dostępu do obrońcy na wczesnym etapie procesowym oraz praktykę polskich organów ścigania, która nie zawsze harmonizuje z tak ujętym prawem do obrony, na wyraźne podkreślenie zasługuje pogląd ETPC, zgodnie z którym policja jest zasadniczo zobowiązana do powstrzymania się od przesłuchania lub odłożenia w czasie czynności przesłuchania w przypadku, gdy podejrzany powołuje się na prawo do pomocy adwokata podczas przesłuchania do czasu, gdy adwokat będzie obecny i będzie w stanie pomóc podejrzanemu³⁵.

VI. Wybór obrońcy i korzystanie z pomocy obrońcy z urzędu

Z przepisu art. 6 ust. 3 lit. c e.k.p.c. jednoznacznie wynika, że prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy może znaleźć urzeczywistnienie poprzez wybór adwokata lub radcy prawnego, który będzie w tej roli reprezentował jego prawa i bronił jego interesów procesowych, albo poprzez wyznaczenie obrońcy z urzędu.

ETPC stoi zasadniczo na stanowisku ochrony autonomii wyboru obrońcy przez oskarżonego, autonomia ta natomiast nie ma charakteru bezwzględnego. Trybunał dopuszcza ograniczenie tego wyboru, przy czym również w tym przypadku, podobnie jak w wypadku ograniczenia dostępu do obrońcy na wczesnym etapie procesowym, obwarowuje je podwójnym zastrzeżeniem. Przyjmuje, po pierwsze, że ograniczenie takie może mieć miejsce, jeżeli istnieją istotne i wystarczające podstawy do uznania, że jest to konieczne

³⁴ Wyrok ETPC z 27 listopada 2007 r. w sprawie Zagaria przeciwko Włochom, skarga nr 58295/00; wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03; wyrok ETPC z 25 lipca 2013 r. w sprawie Khodorkovsky i Lebedev przeciwko Rosji, skargi nr 11082/06 i 13772/05; wyrok ETPC z 13 stycznia 2019 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce, skarga nr 52479/99; wyrok ETPC z 25 lipca 2017 r. w sprawie M. przeciwko Holandii, skarga nr 2156/10.

³⁵ Wyrok ETPC z 27 listopada 2018 r. w sprawie Soytemiz przeciwko Turcji, skarga nr 57837/09.

ze względu na interes wymiaru sprawiedliwości³⁶. Może to być powiązane z wymaganiem odpowiedniego wyspecjalizowania prawników legitymowanych do podjęcia określonych czynności procesowych. Po drugie, jeżeli wskazane podstawy nie występują, powstaje obowiązek zbadania ograniczenia autonomii wyboru obrońcy przez pryzmat jego wpływu na rzetelność postępowania jako całości. Konstelację czynników, które w ramach takiej weryfikacji należy mieć na względzie, można odnaleźć w sprawie Dvorski przeciwko Chorwacji³⁷. Składają się na nią: specyfika określonego postępowania w powiązaniu z odnoszonymi się do niego szczególnymi wymaganiami kwalifikacyjnymi obrońcy, okoliczności związane z wyborem obrońcy i kwestionowanie tego wyboru poprzez stosowanie nacisków na oskarżonego zamiast wykorzystania w tym zakresie istniejących instrumentów prawnych³⁸, skuteczność pomocy ze strony obrońcy, poszanowanie przywileju oskarżonego polegającego na wolności od samooskarżania, wiek oskarżonego, wykorzystanie przez sąd, choćby tylko pośrednio, jako *sui generis* wiedzy ogólnej (*general knowledge*), oświadczeń dowodowych złożonych przez oskarżonego w czasie, w którym nie miał zapewnionego dostępu do wybranego obrońcy oraz zakres wykorzystania takich oświadczeń dla poczynienia ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wyroku skazującego.

Więcej uwagi w orzecznictwie ETPC przykuwa kwestia wyznaczenia obrońcy z urzędu. Trybunał eksponuje w tym względzie dwa warunki, wyraźnie odnoszące się do treści art. 6 ust. 3 lit c e.k.p.c. Przyjmuje mianowicie, że prawo do uzyskania pomocy obrońcy z urzędu przysługuje oskarżonemu po pierwsze, jeżeli wykaże, że nie posiada wystarczających środków na pokrycie kosztów pomocy prawnej³⁹, po drugie, gdy dodatkowo na rzecz udzielenia takiej pomocy ze strony państwa przemawia interes wymiaru sprawiedliwości⁴⁰.

Do tego, aby pierwszy z wymienionych warunków mógł być uznany za spełniony, nie jest wymagane wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oskarżony nie dysponował środkami wystarczającymi na pokrycie kosztów obrony z wyboru. ETPC zadawała się w tym względzie istnieniem faktów wskazujących na brak środków na pokrycie kosztów obrony przez samego oskarżonego i brakiem wyraźnych podstaw, aby poczynić inne ustalenie (*the absence of clear indications to the contrary*)⁴¹. Na podkreślenie zasługuje stanowisko ETPC, zgodnie z którym nie wytrzymuje konfrontacji ze standardem gwarancyjnym wynikającym z art. 6 ust. 3 lit. c *in fine* e.k.p.c. odmowa wyznaczenia obrońcy z urzędu w celu sporządzenia skargi kasacyjnej, jeżeli ten sam sąd zaledwie parę miesięcy wcześniej odmiennie ocenił potrzebę zapewnienia oskarżonemu obrońcy z urzędu, wyznaczając mu obrońcę w postępowaniu odwoławczym, a nie ma żadnych materiałów, które wskazywałyby na istotną zmianę kondycji finansowej oskarżonego⁴².

36 Por. wyrok ETPC z 26/7/2002 r. w sprawie Meftah i inni przeciwko Francji, skargi nr 32911/96, 35237/97 i 34595/97; wyrok ETPC z 25 sierpnia 1992 r. w sprawie Croissant przeciwko Niemcom, skarga nr 13611/88.

37 Zob. wyrok ETPC z 20 października 2005 r., skarga nr 25703/11.

38 Szerzej zob. wyrok ETPC z 30 maja 2013 r. w sprawie Martin przeciwko Estonii, skarga nr 35985/09.

39 Wyrok ETPC z 29 sierpnia 2008 r. w sprawie Caresana przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 31541/96.

40 Wyrok ETPC z 24 maja 1991 r. w sprawie Quaranta przeciwko Szwajcarii, skarga nr 12744/87.

41 Wyrok ETPC z 25 kwietnia 1983 r. w sprawie Pakelli przeciwko Niemcom, skarga nr 8398/78.

42 Wyrok ETPC z 18 grudnia 2001 r. w sprawie R.D. przeciwko Polsce, skargi nr 29692/96 i 34612/97.

Weryfikacja drugiego z wyróżnionych warunków, odwołującego się do interesu wymiaru sprawiedliwości, wymaga uwzględnienia całości okoliczności faktyczno-prawnych danej sprawy. Wychodząc z tego założenia w orzecznictwie ETPC przyjmuje się, że z perspektywy zgodności z art. 6 ust. 3 lit c e.k.p.c. zasadność decyzji w kwestii „przyznania” oskarżonemu pomocy obrońcy z urzędu podlega ocenie nie tylko w oparciu o analizę sytuacji procesowej istniejącej w czasie podejmowania tej decyzji, ale również sytuacji panującej w czasie merytorycznego rozstrzygnięcia co do istoty sprawy⁴³. W ramach tej analizy należy brać pod uwagę złożoność sprawy, ciężar gatunkowy przestępstwa i surowość grożącej oskarżonemu kary oraz jego sytuację osobistą, w tym m.in. wiek, obce pochodzenie, brak wykształcenia zawodowego, wywodzenie się z „nieuprzywilejowanego” środowiska czy długą przeszłość kryminalną⁴⁴. W przypadku postępowania odwoławczego przedmiotem analizy, obok wagi przestępstwa, powinien być zakres kompetencji władczych sądu odwoławczego oraz wymiar kary orzeczonej wobec oskarżonego w niższej instancji⁴⁵. Wysoce wymowne jest znaczenie, jakie przypisuje się w orzecznictwie ETPC wadze przestępstwa i związanemu z nią zagrożeniu karne- mu, uznając, że zagrożenie karą pozbawienia wolności w zasadzie przesądza o tym, że ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości oskarżony powinien mieć możliwość korzystania z pomocy obrońcy i należy mu ją zapewnić z urzędu⁴⁶. Wynika z tego szerokie zakreszenie prawa do korzystania z bezpłatnej pomocy prawnej. Jeżeli dobro wymiaru sprawiedliwości przemawia na rzecz zagwarantowania wskazanego prawa w określonej sprawie, to z samego tylko faktu, że to nie nastąpiło, wypływa uchybienie standardowi gwarancyjnemu statuowanemu w art. 6 ust. 3 lit. c *in fine* e.k.p.c. Przyjmując nieco inną perspektywę, można stwierdzić, że uchybienie to dochodzi do skutku niezależnie od tego, czy brak pomocy ze strony obrońcy z urzędu, gdy jej zapewnienie dyktował interes wymiaru sprawiedliwości, przyniósł rzeczywisty uszczerbek w zakresie realizacji przez oskarżonego prawa do obrony⁴⁷.

VII. Realność i efektywność prawa do korzystania z pomocy obrońcy

Z praktycznego punktu widzenia zasadniczą miarą realizacji standardu gwarancyjnego polegającego na zapewnieniu oskarżonemu profesjonalnej pomocy prawnej jest to, czy pomoc ta ma charakter realny i efektywny. Chodzi rzecz jasna o jej efektywność

43 Wyrok ETPC z 28 marca 1990 r. w sprawie Granger przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 11932/86.

44 Wyrok ETPC z 24 maja 1991 r. w sprawie Quaranta przeciwko Szwajcarii, skarga nr 12744/87.

45 Wyrok ETPC z 19 listopada 2015 r. w sprawie Mikhaylova przeciwko Rosji, skarga nr 46998/08.

46 Wyrok ETPC z 10 czerwca 1996 r. w sprawie Benham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 19380/92; wyrok ETPC z 24 maja 1991 r. w sprawie Quaranta przeciwko Szwajcarii, skarga nr 12744/87.

47 Wyrok ETPC z 19 lutego 1991 r. w sprawie Artico przeciwko Włochom, skarga nr 11910/85. Bez ryzyka popełnienia większego błędu można stwierdzić, że *sui generis* wytyczne co do zagwarantowania prawa dostępu do profesjonalnej pomocy prawnej w sposób zgodny z zasadą rzetelnego procesu, wynikające z przywołanego częściowo orzecznictwa ETPC, znajdują odbicie w płaszczyźnie normatywnej na gruncie powołanych wcześniej dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz 2016/1919/UE.

w aspekcie wykorzystania istniejących, mieszczących się w granicach legalności działania obrońcy, możliwości przedsięwzięcia czynności w interesie procesowym oskarżonego, a nie w aspekcie „wygrania” sprawy. Formalne wyznaczenie obrońcy samo przez się tego nie gwarantuje. Stojąc na takim stanowisku, w orzecznictwie ETPC zwraca się uwagę, że brak realnej i efektywnej obrony może być podyktowany okolicznościami natury obiektywnej, takimi jak śmierć obrońcy lub jego poważna choroba, albo wynikać z okoliczności subiektywnych, związanych z uchylaniem się obrońcy od wykonywania ciężących na nim obowiązków lub ich wykonywaniem w sposób wyraźnie nierzetelny⁴⁸. Jakkolwiek z racji niezależności zawodów prawniczych sposób wykonywania obrony jest sprawą relacji między oskarżonym i reprezentującym go obrońcą, to organy procesowe nie mogą pozostać obojętne na wyszczególnione egzemplifikacyjnie okoliczności, stawiające pod znakiem zapytania realność i efektywność obrony. Uzasadnienie takiego zapatrywania wydaje się dość oczywiste. Wystarczy zauważyć, że gdyby zignorować wystąpienie takich okoliczności, uznając za miarodajne formalne wyznaczenie obrońcy, to prawo oskarżonego do korzystania z jego pomocy okazałoby się czysto teoretyczne i iluzoryczne. Jednoznacznie sprzeciwiając się temu, ETPC przewiduje obowiązek aktywności organów procesowych w celu zapewnienia rzeczywistego dostępu oskarżonego do pomocy obrońcy, gdy brak skutecznego zastępstwa z jego strony jest oczywisty lub został tym organom w wystarczającym stopniu przedstawiony⁴⁹. Aktywność ta jest konieczna, gdy obrońca po prostu nie podejmuje w ogóle działań na rzecz oskarżonego⁵⁰ lub nie spełnia istotnego wymogu proceduralnego, a nie można tego traktować jako rezultatu nierozważnej linii obrony lub zwykłego braku argumentacji⁵¹. Jest ona uzasadniona również wtedy, gdy oskarżony korzysta z pomocy obrońcy z wyboru, natomiast okoliczności sprawy, takie jak jego wiek, duży ciężar gatunkowy zarzucanego mu przestępstwa, zeznania świadków oskarżenia, które wydają się ze sobą sprzeczne, wielokrotna nieobecność oskarżonego podczas przesłuchań, a nade wszystko oczywisty brak adekwatnej reprezentacji ze strony obrońcy, prowadzą do wniosku, że niezbędne jest pilne zapewnienie oskarżonemu właściwej ochrony jego praw⁵².

Praktyczność i skuteczność gwarancji prawa dostępu do pomocy obrońcy nakazuje rezygnację z obwarowania pomocy obrońcy niesłusznie formalistycznymi warunkami. Za takie uznane zostały w orzecznictwie ETPC zastrzeżenia dotyczące udziału oskarżonego na rozprawie, przewidujące uzależnienie od niego możliwości działania obrońcy. Kwestionując tę zależność, Trybunał opowiedział się jednoznacznie za umożliwieniem podejmowania działań przez obrońcę, który stawi się na rozprawę w oczywistym celu obrony oskarżonego pod jego nieobecność⁵³.

48 Zob. m.in. wyrok ETPC z 13 maja 1980 r. w sprawie Artico przeciwko Włochom, skarga nr 6694/74; wyrok ETPC z 9 kwietnia 2015 r. w sprawie Vamvakas przeciwko Grecji (nr 2), skarga nr 2870/11.

49 Wyrok ETPC z 21 kwietnia 1998 r. w sprawie Daud przeciwko Portugalii, skarga nr 22600/93; wyrok ETPC z 24 października 1993 r. w sprawie Imbrioscia przeciwko Szwajcarii, skarga nr 13972/88.

50 Wyrok ETPC z 13 maja 1980 r. w sprawie Artico przeciwko Włochom, skarga nr 6694/74.

51 Wyrok ETPC z 10 października 2002 r. w sprawie Czekalla przeciwko Portugalii, skarga nr 38830/97.

52 Wyrok ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawie Güveç przeciwko Turcji, skarga nr 70337/01.

53 Wyrok z 21 stycznia 1999 r. w sprawie ETPC w sprawie Van Geysseghem przeciwko Belgii, skarga nr 26103/95; wyrok ETPC z 22 września 1994 r. w sprawie Pelladoah przeciwko Holandii, skarga nr 16737/90.

VIII. Podsumowanie

Przeprowadzony rekonesans orzecznictwa ETPC w zakresie dotyczącym prawa do korzystania z pomocy obrońcy pozwolił na wykazanie szerokiego i wyraźnie progwarancyjnego rozumienia tego prawa i wysokiego standardu jego ochrony na gruncie konwencyjnym. Standard ten zasadza się na ustalaniu zakresu znaczeniowego omawianego prawa nie tylko przez pryzmat jego esencjonalnej treści, ale również pod kątem wpływu, jaki ma jego ograniczenie na rzetelność procesu karnego jako całości.

Wzorzec prawa do korzystania z pomocy obrońcy uformowany w przywołanych orzeczeniach ETPC jest – jak już sygnalizowano – punktem odniesienia dla oceny realizacji tego prawa na gruncie krajowych porządków prawnych poszczególnych państw stron e.k.p.c. W przypadku polskiego porządku prawnego znajduje on w znacznej mierze urzeczywistnienie w przepisach ustawy karnoprocesowej. Nie można jednak powiedzieć, aby jego odwzorowanie było w pełni satysfakcjonujące. Zdecydowanie krytycznie należy ocenić regulację prawa do korzystania z pomocy obrońcy na etapie skierowania ścigania karnego przeciwko określonej osobie. I nie chodzi tylko o to, że niezbędne jest zerwanie z uzależnieniem dostępu do pomocy obrońcy od posiadania statusu podejrzanego. Rzecz w tym również, że konieczne jest zapewnienie realnego wymiaru prawa do kontaktu z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem przez organ procesowy. Unormowanie tej kwestii w art. 301 k.p.k. jest stanowczo niewystarczające z punktu widzenia standardów konwencyjnych, a także unijnego prawa wtórnego. Z perspektywy praktycznej za truizm wręcz może uchodzić spostrzeżenie, że brak kontaktu z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem i jego nieobecność w trakcie tej czynności procesowej zazwyczaj w sposób nieodwracalny kładzie się cieniem na akcji obrończej i pełnym wykorzystaniu możliwości obrony w toku dalszego procesu karnego. Mając na względzie daleko idącą ingerencję w sferę prawnowolnościową, jaką niesie ze sobą stosowanie tymczasowego aresztowania, a także wynikające z niego ograniczenia w zakresie faktycznego dostępu do pomocy obrońcy i efektywności obrony, należy opowiedzieć się za zagwarantowaniem *de lege ferenda* udziału obrońcy w posiedzeniu aresztowym oraz kontaktu z nim oskarżonego przed przesłuchaniem na tym posiedzeniu w każdym wypadku rozstrzygania przez sąd w przedmiocie stosowania tego środka zapobiegawczego, a nie tylko wtedy, gdy uprzednio obrońca został ustanowiony. Zważywszy z kolei na zagrożenie wysoką karą pozbawienia wolności, na poziomie minimum, przynajmniej w odniesieniu do spraw o zbrodnie, należałoby rozciągnąć na stadium przygotowawcze procesu karnego gwarancję obrony profesjonalnej wynikającą z obrony obligatoryjnej przewidzianej *de lege lata* w tych sprawach w odniesieniu do postępowania przed sądem (art. 80 k.p.k.). Zbyteczna być może jest puenta, że urzeczywistnienie tych kilku postulatów dotyczących unormowania dostępu oskarżonego do obrońcy z pewnością stanowiłoby istotny postęp w zbliżeniu obowiązujących w tym zakresie rozwiązań normatywnych do standardu gwarancyjnego prawa do korzystania z pomocy obrońcy wynikającego z przepisów e.k.p.c., orzecznictwa ETPC oraz unijnego prawa wtórnego.

Bibliografia

Literatura

- Chmielniak Ł. i in. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2020.
- Daszkiewicz W. [w:] *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, [b.m.] 2000.
- Golik C., *Funkcja informacyjna przedstawienia zarzutów*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2021, nr 3.
- Waltoś S. [w:] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016.
- Wiliński P. [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, t. III, *Zasady procesu karnego*, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.

Akty prawne

- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 2854 z późn. zm.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz.U. Unii Europejskiej z 2016 r., C 202.
- Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, otwarty do podpisu w dniu 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, Dz.Urz. Unii Europejskiej z 2012 r., L 142.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz.U. Unii Europejskiej z 2013 r., L 294.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/1919/UE z 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, Dz.U. Unii Europejskiej z 2016 r., L 297.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 30 z późn. zm.

Orzecnictwo

Orzecnictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego

- Wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, OTK-A 2012, nr 1.
- Wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK-A 2008, nr 5.
- Wyrok SN z 9 lutego 2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Orzeczenie ETPC z 10 grudnia 1982 r. w sprawie Corigliano przeciwko Włochom, A 57.

Orzeczenie ETPC z 10 grudnia 1982 r. w sprawie Foti i inni przeciwko Włochom, A 56.

Orzeczenie ETPC z 21 lutego 1984 r. w sprawie Öztürk przeciwko Niemcom, skarga nr 16500/04.

Wyrok ETPC w sprawie Dvorski przeciwko Chorwacji z 20 października 2015 r., skarga nr 25703/11.

Wyrok ETPC z 10 czerwca 1996 r. w sprawie Benham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 19380/92.

Wyrok ETPC z 10 października 2002 r. w sprawie Czekalla przeciwko Portugalii, skarga nr 38830/97.

Wyrok ETPC z 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00.

Wyrok ETPC z 12 lipca 1984 r. w sprawie Can przeciwko Austrii, nr 9300/81.

Wyrok ETPC z 12 maja 2017 r. w sprawie Simeonov przeciwko Bułgarii, skarga nr 21980/04.

Wyrok ETPC z 13 stycznia 2019 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce, skarga nr 52479/99.

Wyrok ETPC z 13 września 2016 r. w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09.

Wyrok ETPC z 16 maja 2017 r. w sprawie Artur Parkhomenko przeciwko Ukrainie, skarga nr 40464/05.

Wyrok ETPC z 17 lutego 2009 r. w sprawie İbrahim Öztürk przeciwko Turcji, skarga nr 16500/04.

Wyrok ETPC z 18 grudnia 2001 r. w sprawie R.D. przeciwko Polsce, skargi nr 29692/96 i 34612/97.

Wyrok ETPC z 19 listopada 2015 r. w sprawie Mikhaylova przeciwko Rosji, skarga nr 46998/08.

Wyrok ETPC z 19 lutego 1991 r. w sprawie Artico przeciwko Włochom, skarga nr 11910/85.

Wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/73.

Wyrok ETPC z 20 października 2005 r., skarga nr 25703/11.

Wyrok ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawie Güveç przeciwko Turcji, skarga nr 70337/01.

Wyrok ETPC z 21 kwietnia 1998 r. w sprawie Daud przeciwko Portugalii, skarga nr 22600/93.

Wyrok ETPC z 22 września 1994 r. w sprawie Pelladoah przeciwko Holandii, skarga nr 16737/90.

Wyrok ETPC z 23 października 2018 r. w sprawie Mehmet Duman przeciwko Turcji, skarga nr 38740/09.

Wyrok ETPC z 24 maja 1991 r. w sprawie Quaranta przeciwko Szwajcarii, skarga nr 12744/87.

Wyrok ETPC z 24 października 1993 r. w sprawie Imbrioscia przeciwko Szwajcarii, skarga nr 13972/88.

Wyrok ETPC z 25 kwietnia 1983 r. w sprawie Pakelli przeciwko Niemcom, skarga nr 8398/78.

Wyrok ETPC z 25 lipca 2013 r. w sprawie Khodorkovsky i Lebedev przeciwko Rosji, skargi nr 11082/06 i 13772/05.

- Wyrok ETPC z 25 lipca 2017 r. w sprawie M. przeciwko Holandii, skarga nr 2156/10.
- Wyrok ETPC z 25 sierpnia 1992 r. w sprawie Croissant przeciwko Niemcom, skarga nr 13611/88.
- Wyrok ETPC z 26 lipca 2002 r. w sprawie Meftah i inni przeciwko Francji, skargi nr 32911/96, 35237/97 i 34595/97.
- Wyrok ETPC z 27 listopada 2007 r. w sprawie Zagaria przeciwko Włochom, skarga nr 58295/00.
- Wyrok ETPC z 27 listopada 2008 r. w sprawie Salduz przeciwko Turcji, skarga nr 36391/02.
- Wyrok ETPC z 27 listopada 2018 r. w sprawie Soytemiz przeciwko Turcji, skarga nr 57837/09.
- Wyrok ETPC z 28 listopada 1991 r. w sprawie S. przeciwko Szwajcarii, skargi nr 12629/87 i 13965/88.
- Wyrok ETPC z 28 marca 1990 r. w sprawie Granger przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 11932/86.
- Wyrok ETPC z 29 czerwca 2016 r. w sprawie Truten przeciwko Ukrainie, skarga nr 18041/08.
- Wyrok ETPC z 29 sierpnia 2008 r. w sprawie Caresana przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 31541/96.
- Wyrok ETPC z 30 maja 2013 r. w sprawie Martin przeciwko Estonii, skarga nr 35985/09.
- Wyrok ETPC z 6 stycznia 2016 r. w sprawie Turbylev przeciwko Rosji, skarga nr 4722/09.
- Wyrok ETPC z 9 kwietnia 2015 r. w sprawie Vamvakas przeciwko Grecji (nr 2), skarga nr 2870/11.
- Wyrok ETPC z 9 listopada 2018 r. w sprawie Beuze przeciwko Belgii, skarga nr 71409/10.
- Wyrok ETPCZ z 24 stycznia 2019 r. w sprawie Knox przeciwko Włochom, skarga nr 76577/13.
- Wyrok z 21 stycznia 1999 r. w sprawie ETPC w sprawie Van Geysseghem przeciwko Belgii, skarga nr 26103/95.

Wojciech Piątek¹

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID ID: 0000-0002-3494-1912

REPREZENTACJA STRONY PRZEZ PROFESJONALNEGO PEŁNOMOCNIKA W POSTĘPOWANIU SĄDOWOADMINISTRACYJNYM

ABSTRAKT

Przedmiotem niniejszego opracowania jest identyfikacja wyzwań, jakie stoją przed udziałem radcy prawnego w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Zaliczono do nich zakres przedmiotowy przymusu adwokacko-radcowskiego, określenie konsekwencji uchybień popełnionych przez fachowego pełnomocnika dla sfery praw i obowiązków podmiotu reprezentowanego, a nadto zagadnienia dotyczące elektronizacji postępowania, udziału radcy prawnego w rozprawie i kosztów zastępstwa procesowego. W konkluzji wskazano na potrzebę podjęcia dialogu środowiska sędziowskiego z radcowskim oraz adwokackim w celu wypracowania bardziej efektywnego, argumentacyjnego sposobu przebiegu rozprawy oraz poddania analizie aktualnych kwestii, które mogłyby usprawnić przebieg postępowania sądowoadministracyjnego. Zwrócono nadto uwagę na potrzebę podjęcia nowych form doskonalenia warsztatu zawodowego radców prawnych oraz korzystania ze zdobyczy nowych technologii.

Słowa kluczowe: postępowanie sądowoadministracyjne, przymus adwokacko-radcowski, profesjonalny pełnomocnik, zastępstwo procesowe, koszty zastępstwa procesowego; elektronizacja postępowania

¹ Profesor doktor habilitowany, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Artykuł jest częścią projektu badawczego nr: UMO-2018/30/E/HS5/00421, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, poświęconego zaskarżalności orzeczeń sądów administracyjnych.

1. Wstęp

Obchodząc 40-lecie istnienia samorządu radców prawnych, warto zastanowić się nad wyzwaniem, jakie współcześnie stoją przed udziałem profesjonalnych pełnomocników w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Dotyczą one nie tylko zapewnienia fachowej obsługi prawnej reprezentowanym podmiotom, lecz także udziału radców prawnych w ocenie legalności konkretnego przejawu działania albo zaniechania administracji publicznej dokonywanej przez sąd administracyjny. Co istotne, za profesjonalizm wymiaru sprawiedliwości odpowiedzialność ponoszą także te wszystkie podmioty, które dzięki swojej wiedzy i doświadczeniu zawodowemu są powołane do współdziałania i wsparcia w procesie jego sprawowania. Niewątpliwie należą do nich fachowi pełnomocnicy procesowi, w tym radcowie prawni, którzy są najliczniejszą grupą fachowych pełnomocników procesowych, występującą w postępowaniach sądownoadministracyjnych².

Mając na uwadze istniejące opracowania na temat udziału fachowego pełnomocnika w postępowaniu sądownoadministracyjnym, zarówno o charakterze teoretycznym³, jak i praktycznym⁴, celem niniejszej refleksji nie będzie przedstawienie poszczególnych kwestii natury proceduralnej, tylko spojrzenie na mechanizmy, które decydują o realizacji wyżej wymienionych zadań. Należą do nich zakres przedmiotowy przymusu adwokacko-radcowskiego, określenie konsekwencji uchybień popełnionych przez fachowego pełnomocnika dla sfery praw i obowiązków podmiotu reprezentowanego, a nadto wyzwania współcześnie stojące przed fachowymi pełnomocnikami oraz ich organami samorządowymi. Są one związane m.in. z postępującą elektroniczną sądownictwa administracyjnego oraz przebiegiem rozprawy przed sądem administracyjnym. Zapewne nie bez znaczenia dla reprezentacji stron w postępowaniach sądownoadministracyjnych pozostaje utrzymująca się od kilku lat na niskim poziomie wysokość kosztów zastępstwa radcowskiego. Główne pytanie, które będzie towarzyszyło prowadzonej analizie, dotyczy mechanizmów, przy zastosowaniu których udział radcy prawnego w postępowaniu sądownoadministracyjnym sprzyjałby zarówno ochronie interesu prawnego reprezentowanego podmiotu, jak i profesjonalizacji działania wymiaru sprawiedliwości. Z uwagi na aktualność oraz uniwersalność poruszonych tematyki ufam, że wnioski

² W 2020 r. w postępowaniach toczących się przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi wystąpiło 6226 radców prawnych, co stanowi znacznie większą liczbę w porównaniu z adwokatami, których było 4407. Podobna przewaga wystąpiła w postępowaniach prowadzonych przed NSA, gdzie radców prawnych było 865, a adwokatów 572. Zob. Sprawozdanie roczne Biura Orzecznictwa NSA za 2020 r., Warszawa 2021, s. 13–14, 18.

³ Na uwagę zasługują opracowania monograficzne, w tym M. Grego-Hoffmann, *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2012 oraz A. Grosińskiej, *Pełnomocnik profesjonalny w postępowaniu przed sądem administracyjnym, maszynopis rozprawy doktorskiej*, Łódź 2016. Zob. też J. Wyporska-Frankiewicz, W. Kulig-Wyporska, *Profesjonalny pełnomocnik w ogólnym postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, „Palestra” 2015, z. 7/8, R. Stankiewicz, *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed NSA*, Temidium.pl, dostęp: 21.10.2019 r.

⁴ W tej materii warto odwołać się do opracowań komentarzowych, w tym przede wszystkim do art. 175 p.p.s.a. Zamiast wielu zob. H. Knysiak-Sudyka, [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2016, s. 1059–1067.

płynące z przeprowadzonej analizy będą mogły zostać odniesione do udziału fachowych pełnomocników w innych postępowaniach sądowych.

2. Zakres przedmiotowy przymusu zastępstwa procesowego

Kiedy trwała dyskusja nad kształtem dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego, wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego uważano za oczywiste⁵. O przyjętym rozwiązaniu stanowi art. 175 p.p.s.a.⁶, ograniczając przymus do sporządzenia skargi kasacyjnej. Do tego przepisu ustawodawca odwołał się czterokrotnie w kontekście sporządzenia zażalenia na postanowienie sądu I instancji o odrzuceniu skargi kasacyjnej⁷, skargi o wznowienie postępowania, gdy właściwy do jej rozpoznania jest NSA⁸ oraz sporządzenia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia⁹. Artykuł 175 p.p.s.a., poczawszy od wejścia w życie, nie uległ istotnym zmianom¹⁰.

W mojej ocenie kilkanaście lat obowiązywania przymusu zastępstwa procesowego w niezmienionym kształcie świadczy o trafnym wyważeniu dóbr przy projektowaniu tego rozwiązania. Przymus z racji tego, że ogranicza zdolność postulacyjną stron do samodzielnego podejmowania czynności procesowych, jest wyjątkiem od ogólnej zasady wyrażonej w art. 32 p.p.s.a., stosownie do którego to stronom postępowania przysługuje wybór sposobu występowania przed sądem administracyjnym, osobiście albo przez pełnomocnika. Jednocześnie zabieg ten jest nieodzowny w tych sytuacjach, gdy stopień skomplikowania danej czynności procesowej jest na tyle wysoki, że przeciętny obywatel nie zdołałby mu sprostać. Innymi słowy, brak wsparcia przez podmiot profesjonalny narażałby stronę na powstanie niekorzystnych konsekwencji w sferze jej praw i obowiązków¹¹. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku sporządzenia skargi kasacyjnej, o której elementach składowych stanowi art. 176 p.p.s.a. Ustanowienie tego przymusu niewątpliwie ogranicza swobodę stron w podejmowaniu czynności procesowych. W rzeczywistości jednak

5 R. Hauser, *Reforma sądownictwa administracyjnego – podstawowe założenia*, „Przegląd Podatkowy” 2003, z. 10, s. 56. Zob. też H. Knysiak-Molczyk, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowniczym*, Warszawa 2009, s. 171–172. Odmiennie zob. T. Szewc, *Konstytucyjność skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowniczym*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 5, s. 26.

6 Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm., dalej p.p.s.a.

7 Art. 194 § 4 p.p.s.a.

8 Art. 276 p.p.s.a.

9 Art. 285f § 3 p.p.s.a.

10 Na odnotowanie zasługuje dodanie do art. 175 p.p.s.a. nowego § 2a, w którym rozciągnięto wyjątek od obowiązywania przymusu adwokacko-radcowskiego na przypadki, w których stroną postępowania jest Prezes Prokuratury Generalnej RP, a także wówczas, gdy czynności w postępowaniu za organy administracji publicznej podejmowane są przez Prokuratorę Generalną RP. Przepis ten dodano do art. 175 p.p.s.a. na podstawie art. 1 pkt 2 lit. b ustawy z 8 czerwca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2017 r. poz. 1370.

11 Poza tym, jak zauważył J.P. Tarno, przymus fachowej reprezentacji stanowi barierę dla piniaczy, powodując wzrost kosztów postępowania. Zob. J.P. Tarno, *Pełnomocnictwo w postępowaniu sądowniczym*, [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004, s. 405.

funkcjonuje w ich interesie, ponieważ chroni strony przed poważnymi konsekwencjami wynikającymi z nieprawidłowego podjęcia skomplikowanych pod względem prawnym działań. Skupiając uwagę na sporządzeniu skargi kasacyjnej, kluczową rolę odgrywa w tej materii przytoczenie podstaw kasacyjnych, którymi z mocy art. 183 § 1 *ab initio* p.p.s.a. związany jest NSA przy rozpoznawaniu sprawy. Sąd ten nie może uwzględnić innych zarzutów aniżeli te, które postawiono w skardze kasacyjnej¹². Ich nietrafność, nieprecyzyjność przekłada się bezpośrednio na rezultat kontroli instancyjnej. Co przy tym istotne, przymus fachowego zastępstwa obejmuje obie strony postępowania oraz wszystkich jego uczestników, stanowiąc przejaw obowiązywania zasady równości stron.

Moim zdaniem przymus fachowego zastępstwa nie powinien zostać rozszerzony na inne czynności procesowe stron w trakcie toczącego się postępowania, w tym ani na wniesienie skargi, ani na reprezentację strony w postępowaniu przed NSA. Ustanowienie takiego wymogu na samym początku postępowania dosyć istotnie ograniczałoby stronie dostęp do sądowej weryfikacji określonego przejawu działania albo zaniechania administracji publicznej. Co prawda stwarzałoby ono szansę na podniesienie wymagań formalnych do zainicjowania tego postępowania oraz zwolnienie sądu administracyjnego z obowiązku dokonania całościowej oceny legalności zaskarżonego przejawu działania albo zaniechania organu administracji publicznej. Tym niemniej zabieg polegający na uzależnieniu sądowej kontroli od treści zarzutów sformułowanych w skardze mógłby doprowadzić do osłabienia jednej z podstawowych funkcji spełnianej przez sądy administracyjne, a mianowicie ochrony obiektywnego porządku prawnego¹³. Z kolei pozostanie przy aktualnym mechanizmie związania sądu I instancji granicami sprawy nie zwalniałoby sądu administracyjnego od kompleksowej analizy jej całokształtu, nie stwarzając tym samym potencjału do usprawnienia toczącego się postępowania. Mówiąc inaczej, korzyścią byłoby wówczas samo sporządzenie skargi przez podmiot fachowy, co najprawdopodobniej przełożyłoby się na mniejszą liczbę uchybień formalnych oraz większą precyzyjność tego środka prawnego¹⁴. Moim zdaniem efekt ten nie byłby proporcjonalny względem ograniczenia dostępu jednostki do sądowej ochrony przed niezgodnym z prawem działaniem administracji publicznej.

Poszerzenia zakresu przymusu nie upatrywałbym w jego rozciągnięciu na całe postępowanie przed NSA. Skoro sąd ten z mocy art. 183 § 1 p.p.s.a. pozostaje związany

¹² Wyjątek w tej materii stanowią podstawy nieważności postępowania sądownoadministracyjnego, o których stanowi art. 183 § 2 p.p.s.a. Zob. też uchwałę NSA z 7 grudnia 2009 r., I OPS 9/09, ONSAiWSA 2010/2/16, w której NSA przesądził o każdorazowej konieczności uwzględnienia wyroku TK wydane go po wniesieniu skargi kasacyjnej, gdy Trybunał orzekł o niezgodności z Konstytucją aktu normatywnego, na którego podstawie zapadło zaskarżone orzeczenie. Z kolei w uchwale z 8 grudnia 2009 r., II GPS 5/09, ONSAiWSA 2010/3/40, NSA wypowiedział się o konieczności każdorazowego uwzględnienia przesłanki do odrzucenia skargi.

¹³ Szerzej na temat funkcji sądownictwa administracyjnego zob. J.P. Tarno, [w:] J.P. Tarno i in., *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2006, s. 24–30.

¹⁴ Z racji tego, że skarga wnoszona jest do sądu administracyjnego za pośrednictwem organu, który wydał zaskarżony akt, obowiązek ustalenia przedmiotu zaskarżenia spoczywa w pierwszej kolejności na organie, który z mocy art. 54 § 2 p.p.s.a. powinien przekazać sądowi skargę łącznie z odpowiedzią na nią oraz z uporządkowanymi aktami sprawy. Nie oznacza to jednak, że obowiązkiem sądu nie jest weryfikacja ustaleń poczynionych przez organ.

sformułowanymi we wniesionym środku odwoławczym podstawami, to przebieg rozprawy nie ma dla finalnego rozstrzygnięcia sprawy przez NSA kluczowego znaczenia. Owszem stanowi on przejaw obowiązywania zasady jawności wewnętrznej oraz zewnętrznej procesu sądowego, co w państwie o niskim poziomie zaufania do instytucji publicznych, w tym wymiaru sprawiedliwości, ma niebagatelne znaczenie¹⁵. Poza tym rozciągnięcie tego przymusu na całokształt postępowania przed NSA nie sprzyjałoby ochronie tego zaufania, skoro podmioty indywidualne nie miałyby możliwości przedstawienia własnego stanowiska przed NSA, w tym wyrażenia swoich odczuć i emocji¹⁶. Wbrew pozorom bezpośrednio zetknięcie się ze stroną postępowania, wysłuchanie jej argumentacji oraz obserwacja jej zachowania mogą mieć znaczenie dla podjęcia rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie i z tego powodu wskazywane są one przez sędziów jako istotne tło dla globalnej oceny rozpoznawanej sprawy.

Jednocześnie przymus fachowego zastępstwa procesowego, jaki obowiązuje w aktualnym kształcie, powinien zostać utrzymany, ponieważ stwarza on podstawy do tego, że spór przed najwyższą instancją w sporach sądownoadministracyjnych będzie merytoryczny, co finalnie powinno sprzyjać ochronie interesu strony skarżącej kasacyjnie. Skoro sędziami NSA zostają osoby o wysokich kwalifikacjach prawniczych oraz znajomości prawa administracyjnego¹⁷, to powinny one pracować na takim materiale poszczególnych spraw, który będzie stwarzał szansę na wykorzystanie ich umiejętności dla rozwoju praktyki i teorii prawa administracyjnego. Dla osiągnięcia tego celu potrzebny jest także udział podmiotów, które dzięki swojej wiedzy i doświadczeniu, sporządzając skargę kasacyjną, będą potrafiły wejść w dialog z sądem polegający nie tylko na wskazaniu uchybień, jakich dopuścił się sąd niższej instancji, lecz także sposobów, dzięki którym rozwój prawa administracyjnego mógłby postępować¹⁸. Mówiąc inaczej i nie zmiernając do absolutyzowania ani pozycji sędziów NSA, ani umiejętności fachowych

15 Bazując na corocznie publikowanych wynikach przez CBOS, w 2010 r. 44% ufało, a 45% nie ufało sądom. 12% respondentów nie było zdecydowanych co do udzielenia odpowiedzi. Zob. R. Boguszewski, *Zaufanie społeczne. Komunikat z badań*, 2010, nr BS/29/2010; https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2010/K_029_10.PDF, dostęp: 23.02.2022 r. W 2016 r. poziom zaufania do sądownictwa w Polsce wynosił 45%. Zob. M. Omyła-Rudzka, *Zaufanie społeczne. Komunikat z badań*, 2016, nr 18; https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2016/K_018_16.PDF, dostęp: 23.02.2022 r. W 2020 r. poziom zaufania wynosił 42%, a nieufności do sądownictwa 45%. Zob. M. Omyła-Rudzka, *Zaufanie społeczne. Komunikat z badań*, 2020, nr 43; https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2020/K_043_20.PDF, dostęp: 23.02.2022 r.

16 Prawdą jest to, na co wskazywał S. Mateja, że przymus fachowego zastępstwa procesowego „odgradza sąd od bezpośredniego kontaktu z samymi zainteresowanymi”. Zob. S. Mateja, *Uwagi krytyczne o przymusie adwokackim*, „Głos Sądownictwa” 1933, z. 3, s. 214. Uwaga ta stanowi potwierdzenie wyjątkowego charakteru przymusu adwokacko-radcowskiego.

17 Świadczy o tym brzmienie art. 6–7 ustawy z 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz.U. z 2021 r. poz. 137 ze zm.

18 Jak zauważył R. Stankiewicz, standard fachowości radcy prawnego opiera się na założeniu, że wypełni on swój obowiązek w sposób profesjonalny dzięki właściwemu przygotowaniu zawodowemu, doświadczeniu oraz zasadom etyki zawodowej. Zob. R. Stankiewicz, *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed NSA*, Temidium.pl 2019, dostęp: 27.02.2022 r. Tak samo R. Hauser, J. Drachal i E. Mzyk podkreślili, że głównym powodem ustanowienia przymusu adwokacko-radcowskiego było zagwarantowanie wysokiego poziomu świadczonych usług prawnych. Zob. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Omówienie podstawowych zasad i instytucji procesowych*, Warszawa–Zielona Góra 2003, s. 114–115.

pełnomocników procesowych, od obu tych grup zawodowych należy wymagać postępu w dokonywaniu wykładni prawa, odkrywania nowych, skutecznych form ochrony jednostki przed niezgodnym z prawem działaniem administracji publicznej oraz wyznaczania sposobów, którymi powinna ona podążać, w pełni realizując zasadę praworządności. Do tego wszystkiego potrzebna jest merytoryczna refleksja nad obowiązującą regulacją prawną, którą mogą podjąć podmioty w niej obeznane i mające należyte warunki do działania.

3. Wpływ uchybień fachowych pełnomocników na sytuację prawną reprezentowanej strony

Sięgając do niedalekiej historii orzecznictwa sądowego, reprezentację strony przez fachowego pełnomocnika procesowego postrzegano niekiedy wyłącznie w kategoriach korzyści, wykluczając z pola widzenia możliwość wywarcia negatywnego wpływu na sferę praw podmiotu reprezentowanego i argumentując to istotą roli spełnianej przez pełnomocnika¹⁹. Od samego początku byłem przeciwnikiem takiego stanowiska, nie dostrzegając powodów, dla których podmiot reprezentowany nie miałby ponosić wszelkiego rodzaju konsekwencji związanych z decyzją o wyborze sposobu udziału w postępowaniu przed sądem administracyjnym oraz konkretnego fachowego pełnomocnika²⁰. Przyjęcie odmiennego poglądu wypaczałoby istotę reprezentacji, która sprowadza się do podejmowania czynności przez podmiot trzeci w imieniu i na rachunek podmiotu reprezentowanego²¹. Wybór pełnomocnika stanowi każdorazowo wyraz zaufania, jakim mocodawca obdarza swojego reprezentanta. Konsekwencją tej relacji jest zgoda strony na wszelkiego rodzaju następstwa, jakie mogą wyniknąć z powierzenia prowadzenia spraw innej osobie. Przyjęcie przeciwnego poglądu powodowałoby wiele pytań natury szczegółowej, odnoszących się do rodzaju błędów pełnomocnika, którymi strona nie miałaby zostać obciążona, sposobu sanowania tych uchybień, sytuacji procesowej stron niereprezentowanych przez fachowego pełnomocnika bądź też zastępowanych przez podmiot nieprofesjonalny, a nadto zestawienia jej pozycji z zabezpieczeniami względem strony reprezentowanej przez fachowego pełnomocnika.

Osobnego rozważenia wymaga stworzenie mechanizmów, które chroniłyby podmioty indywidualne przed wyborem takiego pełnomocnika, który swoim postępowaniem

¹⁹ W wyroku z 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, TK stwierdził, że ustawodawca w art. 175 p.p.s.a. nałożył na obywateli pułapkę, obejmując skargę kasacyjną w postępowaniu sądownoadministracyjnym przymusem adwokacko-radcowskim oraz obciążając ją konsekwencjami popełnionych przez niego uchybień. Zdaniem TK takiego rozwiązania nie sposób obronić w kontekście zasady zaufania do państwa i stanowionej przez nie prawa.

²⁰ W. Piątek, *Glosa do wyroku TK z 8.4.2014 r., sygn. akt SK 22/11, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, z. 4, s. 177–178.*

²¹ Jak zauważyła M. Grego, teoria reprezentacji zakłada, że działania pełnomocnika są działaniami strony. Stąd nawet nieetyczne zachowanie pełnomocnika jest skuteczne w postępowaniu sądownoadministracyjnym, w którym reprezentuje stronę. Zob. M. Grego-Hoffmann, *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2012, s. 251.

mógłby spowodować więcej szkód aniżeli pożytku w sferze prawnej podmiotu reprezentowanego. To zadanie zarówno w ujęciu pozytywnym, jak i negatywnym spoczywa m.in. na organach samorządu zawodowego radców prawnych. Warto zauważyć, że kilka lat temu sformułowano postulat wyodrębnienia spośród fachowych pełnomocników osobnej grupy, która byłaby dopuszczona do reprezentacji stron w postępowaniach przed sądami najwyższych instancji²². Rozwiązanie to jest znane w innych porządkach prawnych²³. W Polsce nie zyskało ono poparcia, czego najlepszym dowodem jest brak jakichkolwiek uregulowań różnicujących czy też limitujących udział fachowych pełnomocników przed sądami najwyższych instancji czy przed Sądem Najwyższym. Obowiązek wyboru pełnomocnika mającego wiedzę z zakresu prawa administracyjnego spoczywa na podmiotach indywidualnych. Mając na uwadze postępującą specjalizację we wszystkich gałęziach prawa, a przede wszystkim w obrębie prawa administracyjnego²⁴, którego jedną z cech charakterystycznych jest brak części ogólnej połączonej ze znacznym zróżnicowaniem uregulowań szczególnych, wybór ten jest obciążony ryzykiem udzielenia pełnomocnictwa radcy prawnemu, który nie ma doświadczenia udziału w sporach przed sądem administracyjnym²⁵. Wydaje się, że podmioty indywidualne nie są każdorazowo świadome konsekwencji łączących się z wyborem fachowego pełnomocnika²⁶. W mojej ocenie istnieje w tej materii pole do działania dla samorządów zawodowych, które powinny podejmować wysiłki zmierzające do poprawy poziomu wiedzy pełnomocników w obszarze prawa administracyjnego²⁷, jak i reagować na jaskrawe przykłady nieprawidłowego wywiązywania się poszczególnych osób z tej roli²⁸.

22 K. Osajda, *Pełnomocnicy uprawnieni do wnoszenia kasacji i występowania przed najwyższymi organami sądownymi*, „Palestra” 2004, z. 11/12, s. 137–139.

23 Z polskiej literatury zob. E. Stawicka, *Uprawnienie adwokatów do uczestniczenia w cywilnych procedurach kasacyjnych w wybranych państwach europejskich*, „Palestra” 2002, z. 7/8, s. 137–138; K. Osajda, *Pełnomocnicy...*, s. 133–134.

24 Pozostaje ona także widoczna w sądownictwie administracyjnym. Szerzej zob. W. Piątek, *O różnych sposobach dążenia do specjalizacji sędziów orzekających w sprawach administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, z. 2, s. 63–73.

25 Tego rodzaju sytuacja nie musi automatycznie pociągać za sobą zagrożenia niewłaściwej pod względem merytorycznym reprezentacji strony. Tym niemniej takie ryzyko występuje w większym stopniu aniżeli w stosunku do pełnomocnika, który dysponuje głębszą wiedzą i doświadczeniem w obszarze prawa administracyjnego.

26 Z kolei z aprobatą należy odnieść się do treści art. 244 § 3 p.p.s.a., który w ramach postępowania o przyznanie prawa pomocy daje stronie możliwość wskazania z imienia i nazwiska fachowego pełnomocnika, co do którego chciałaby, żeby reprezentował ją w postępowaniu przed sądem administracyjnym. Nawet jeżeli takie wskazanie nie jest wiążące dla okręgowej izby radców prawnych, to premiuje ono zarówno te podmioty, które podejmują wysiłek bycia reprezentowanym przez konkretnego, nieprzyrodzonego pełnomocnika, a także świadczy o dobrej reputacji tego drugiego.

27 Tego rodzaju działania (szkolenia, wykłady, warsztaty) są zapewne podejmowane. Pytanie tylko, na ile służą one osiągnięciu zakładanych celów w postaci zwiększenia poziomu wiedzy fachowych pełnomocników.

28 Pytanie, jakie warto tutaj postawić, dotyczy sposobów powzięcia informacji o tego rodzaju zaniedbaniach i na ile w tego rodzaju działalności powinien być zaangażowany sąd administracyjny. Okazją do dyskusji w tym przedmiocie była nowelizacja art. 177 p.p.s.a. Szerzej zob. R. Hauser, A. Skoczyła, W. Piątek, *Środki odwoławcze w postępowaniu sądownoadministracyjnym w świetle ustawy nowelizującej z 9 kwietnia 2015 r. – analiza najistotniejszych zmian*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, z. 4, s. 12–14.

Kwestią otwartą pozostaje udzielenie odpowiedzi na pytanie, na ile radcowie prawni mogliby sami wyznaczać przestrzenie swojej specjalizacji zawodowej²⁹ i w jaki sposób oraz przez kogo powinna ona podlegać weryfikacji. W mojej ocenie warto podejmować wysiłki w tym kierunku, stwarzając radcom prawnym klarowne ramy organizacyjne do specjalizacji, dając jednocześnie podmiotom indywidualnym wyraźny sygnał, a tym samym prawo wyboru pełnomocnika biegłego w określonej tematyce spraw.

4. Współczesne wyzwania stojące przed samorządem radcowskim w związku z udziałem radców prawnych w postępowaniu sądoadministracyjnym

4.1. Elektronizacja postępowania

Chociaż proces elektronizacji sądownictwa administracyjnego jest mocno rozciągnięty w czasie, to już w aktualnym stanie prawnym z łatwością można odnaleźć regulacje, które odnoszą się do zadań stawianych przed fachowymi pełnomocnikami procesowymi³⁰. Prawodawca słusznie upatruje w tych podmiotach potencjału do większego postępu technologicznego, licząc na profesjonalizm prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Jednocześnie postęp ten powinien przekładać się na ułatwienie dostępu do informacji przekazywanych przez sąd i usprawnienie komunikacji na linii sąd–fachowy pełnomocnik procesowy.

Elektronizacja postępowania sądoadministracyjnego oraz otwarcie się sądów na nowości technologiczne nabrały większego tempa w związku z wybuchem pandemii COVID-19. Aktualnie część rozpraw przed sądami administracyjnymi odbywa się w formie zdalnej³¹. Ta sama forma posiedzenia jawnego pojawiła się w samym p.p.s.a.³² Stopniowo pełnomocnicy uzyskują dostęp do akt sprawy w formie elektronicznej. Cały czas kontakt z bieżącym orzecznictwem sądowym jest zapewniany dzięki wyszukiwarce orzeczeń³³.

²⁹ P. Rojek-Socha, *Specjalizacja sposobem na konkurencję – prawnicy widzą konieczność zmian*, 30 stycznia 2020 r., <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/czy-prawnik-moze-tytulowac-sie-jako-specjalista-w-danej,497553.html>, dostęp: 2.03.2022 r.

³⁰ Dotyczą one chociażby sfery doręczeń elektronicznych. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2320) radca prawny wykonujący zawód jest zobowiązany do posiadania adresu do doręczeń elektronicznych wpisanego do bazy adresów elektronicznych, powiązanego z publiczną usługą rejestrowanego doręczenia elektronicznego albo kwalifikowaną usługą rejestrowanego doręczenia elektronicznego.

³¹ Podstawą do tego jest art. 15 zzs⁴ ust. 2 i 4 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm., dalej: ustawa covidowa).

³² Zob. art. 94 § 2 p.p.s.a. Wskazana regulacja nie została jednak zsynchronizowana z brzmieniem art. 15 zzs⁴ ust. 2 ustawy covidowej, co może prowadzić do nieporozumień natury praktycznej w razie przejścia z trybu szczególnego na ogólny po upływie roku czasu od odwołania stanu epidemii.

³³ Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych jest dostępna pod adresem www.orzeczenia.nsa.gov.pl, zapewniając szeroki dostęp dla obywateli do niemal całego orzecznictwa sądowego. W innych, bardziej rozwiniętych technologicznie państwach typu Norwegia prace nad utworzeniem tego rodzaju instrumentu dopiero trwają.

Jednak w tej materii jeszcze wiele pozostaje do zrobienia, ponieważ wymiar sprawiedliwości nie nadążyła za ogólnosiątkowym postępem technologicznym, co widać już współcześnie na przykładzie poddawania wielu sporów zarówno prywatno-, jak i publicznoprawnych sądom arbitrażowym³⁴. Brakuje nadto szczegółowych uregulowań technicznych dotyczących odbywania rozpraw w formie zdalnej.

Biorąc pod uwagę trwającą całą czas pandemii, warto zastanowić się, czy i w jaki sposób reprezentacja strony przez fachowego pełnomocnika powinna przekładać się na zwiększenie dostępu strony do sądu. Perspektywa ta rodzi konkretne pytania dotyczące tego, czy na fachowym pełnomocniku powinien spoczywać obowiązek zapewnienia stronie czynnego udziału w zdalnej rozprawie w sytuacji, gdy strona deklaruje chęć uczestnictwa w niej przy jednoczesnym braku możliwości technicznych? Czy sam fachowy pełnomocnik powinien mieć prawo do odmowy udziału w zdalnej rozprawie i czy powinien przedstawić sądowi powody swojej decyzji? W mojej ocenie profesjonalny pełnomocnik nie powinien mieć wyboru co do udziału w zdalnej rozprawie. Profesjonalizm łączy się z dostępem do orzecznictwa sądowego oraz innych zasobów wiedzy prawniczej, które współcześnie występują w formie elektronicznej. Trudno przyjąć, że współczesny fachowy pełnomocnik pozostaje w tej sferze osobą wykluczoną. Co więcej, nie odrzucałbym automatycznie ustanowienia obowiązku pełnomocnika do zapewnienia reprezentowanej stronie technicznej możliwości uczestnictwa w niej³⁵. Rozwiązanie takie ograniczyłoby podnoszony zazwyczaj przy okazji organizacji rozpraw zdalnych argument wykluczenia cyfrowego podmiotów indywidualnych³⁶. Podobny obowiązek spoczywa na sędziach w postępowaniu cywilnym³⁷. Z kolei powinnością każdego sądu powinno być dalsze rozbudowywanie instrumentów elektronicznej komunikacji ze stronami i ich pełnomocnikami, tak aby wszystkie informacje o toczącej się sprawie mogły one odczytać z ekranu komputera, przykładowo logując się na specjalnie do tego stworzonej stronie internetowej³⁸.

34 Trzeba także mieć na uwadze spadającą w ostatnich dwóch latach liczbę wnoszonych skarg kasacyjnych do NSA. W 2020 r. liczba skarg kasacyjnych zmniejszyła się w porównaniu z 2019 r. o 2563 skargi. Z kolei w 2019 r. liczba wniesionych skarg kasacyjnych zmniejszyła się w porównaniu z rokiem poprzednim o 3385 skarg. Moim zdaniem jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest ponad dwuletni okres oczekiwania na rozpoznanie tego środka odwoławczego. Zob. Sprawozdanie roczne Biura Orzecznictwa NSA za 2020 r., Warszawa 2021, s. 17, Sprawozdanie roczne Biura Orzecznictwa NSA za 2019 r., Warszawa 2020, s. 17.

35 Kwestią otwartą jest określenie wymagań technicznych realizacji tego obowiązku, co powinno nastąpić w ramach konsultacji z samorządami zawodowymi.

36 Według danych dostępnych w raporcie Federacji Konsumentów 4,51 mln Polaków nigdy nie korzystało z internetu. Kolejne 1,82 mln korzysta z niego sporadycznie. Szerzej zob. Federacja Konsumentów. Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii, styczeń 2021, s. 5.

37 Stosownie do art. 15 z.zs¹ ustawy covidowej na wniosek strony lub osoby wezwanej zgłoszony na co najmniej pięć dni przed wyznaczonym terminem posiedzenia zdalnego sąd powinien zapewnić jej możliwość udziału w posiedzeniu zdalnym w budynku sądu, jeśli wskaże ona we wniosku, że nie posiada urządzeń technicznych umożliwiających udział w posiedzeniu zdalnym poza budynkiem sądu.

38 Niektóre państwa stworzyły już takie systemy dostępu do akt i wszelkich informacji o prowadzonych w sądach sprawach. Tytułem przykładu na Litwie nosi on nazwę LITEKO (*Lietuvos teismų informacinė sistema*), www.e.teismas.lt. System ten jest finansowany z budżetu państwa i znajduje zastosowanie w sporach sądowych zarówno cywilnych, jak i karnych i administracyjnych.

4.2. Udział w rozprawie

Jedną z bolączek dotyczących przebiegu rozprawy przed sądem administracyjnym w Polsce jest jej dosyć formalny (skostniały) przebieg, sprowadzający się na ogół do wyrażenia przez strony procesu swojego stanowiska przy braku szerszej interakcji zarówno z sądem, jak i ze sobą nawzajem. Wprawdzie obowiązek udoskonalenia tego stanu rzeczy spoczywa przede wszystkim na sędziach, to jednak warto zadać pytanie, w jaki sposób udział radcy prawnego może przyczynić się do zwiększenia poziomu interakcji na sali sądowej i przekazania sądowi informacji niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy? Pierwszą nasuwającą się odpowiedzią jest sam poziom przygotowania fachowego pełnomocnika do rozprawy, w tym nieograniczanie się do powtórzenia treści złożonego do akt pisma procesowego. Niezbędna w tej materii jest nadto otwartość pełnomocnika na pytania zadawane przez sąd, podjęcie próby dialogu na sali rozpraw, brak obaw odnośnie prezentacji własnego stanowiska i niedoszukiwanie się w zachowaniu sądu znamion stronniczości bez zaistnienia istotnych ku temu powodów³⁹. Zdaję sobie sprawę z tego, że powyższe uwagi mają charakter ogólny i nie dotyczą samego tylko kształtu rozprawy, lecz także umiejętności miękkich, w tym łatwości w nawiązaniu kontaktu oraz otwartości na krytykę. Być może tego rodzaju zdolności powinny być w szerszym zakresie kształtowane podczas szkoleń prowadzonych przez radców prawnych potrafiących łatwo nawiązywać kontakty z innymi osobami oraz mających bogate doświadczenie w tej materii na sali rozpraw. Brak refleksji co do przebiegu rozprawy może w istotny sposób ograniczać potencjał, jaki ma w sobie jawne posiedzenie sądowe, w tym brak jakiegokolwiek użytku z instytucji mediacji, a nadto wywołania przekonania wśród wszystkich uczestniczących w rozprawie podmiotów odnośnie do jej merytorycznego przebiegu. W mojej ocenie zaniechanie podejmowania zmian w tym zakresie będzie owocowało dalszymi zarzutami odnośnie do braku jasności co do przebiegu rozprawy, a tym samym niskim poziomem zaufania do wymiaru sprawiedliwości.

Nie mniej istotna jest rola radcy prawnego poza salą rozpraw, w tym wyjaśnienie stronie zawilości łączących się z udziałem w procesie sądowym. Kluczowe w tej materii jest przedstawienie stronie realnej oceny stanu prawnego występującego w sprawie, a nie kreślenie wizji łatwej wygranej. Tak jak sąd powinien w trakcie rozprawy umacniać prestiż względem fachowych pełnomocników, nie doprowadzając do sytuacji ukazujących ewentualny (wydumany?) brak wiedzy czy też orientacji pełnomocnika w sprawie, tak pełnomocnik powinien umacniać prestiż sądu poza rozprawą, nie obarczając odpowiedzialnością (winą?) wyłącznie sądu za końcowy wynik postępowania. Pytania, jakie przy tej okazji się nasuwają, dotyczą programu szkolenia aplikantów oraz szkolenia zawodowego radców prawnych. Czy obejmują one sposób kontaktu z mocodawcami w szczególnie trudnych sytuacjach, przykładowo rozmowy na temat przegranej sprawy albo braku realnych szans na powodzenie środka zaskarżenia od wydanego wyroku? Tak samo jak w przypadku udziału radcy prawnego w rozprawie nie wszystko powinno

³⁹ Obawa o posądzenie o stronniczość stanowi jeden z podstawowych argumentów wysuwanych przez środowisko sędziowskie w trakcie rozmowy na temat zwiększenia poziomu dyskursywności rozprawy.

zależać od umiejętności miękkich radcy prawnego. One mogą i powinny być kształtowane w trakcie jego (jej) zawodowej kariery.

4.3. Koszty zastępstwa procesowego

Na koniec rozważań warto chociaż tylko zasygnalizować tematykę kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu sądownoadministracyjnym, które od wielu lat pozostają na tym samym niskim poziomie⁴⁰ mimo zwiększających się opłat związanych z wykonywaniem zawodu, o wysokiej inflacji nie wspominając. Wszystko to sprawia, że udział radcy prawnego w postępowaniu sądownoadministracyjnym nie jest atrakcyjny z ekonomicznego punktu widzenia. Stawki opłat powinny zostać podniesione, tak w przypadku ustanowienia pełnomocnika z wyboru, jak i w trybie prawa pomocy. Ich aktualna wysokość może negatywnie przekładać się na stopień zaangażowania pełnomocnika procesowego w prowadzenie sprawy czy wręcz na niechęć do udziału w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Praca fachowych pełnomocników niewątpliwie nie jest doceniana przez prawodawcę, co powinno ulec szybkiej poprawie. Pole do działania mają tutaj także sądy administracyjne, które moim zdaniem powinny częściej korzystać z możliwości zasądzenia wyższej stawki kosztów⁴¹ szczególnie w tych sytuacjach, w których wysiłek fachowego pełnomocnika w przygotowanie pisma procesowego oraz prowadzenie sprawy są rażąco niewspółmierne do wysokości stawki minimalnej.

Na uwagę zasługuje także sytuacja, w której pełnomocnik ustanowiony w trybie prawa pomocy podjął w sprawie czynności, które zaowocowały rezygnacją strony z zainicjowania postępowania sądownoadministracyjnego. W mojej ocenie takiemu pełnomocnikowi nie należy z góry odmawiać zwrotu kosztów zastępstwa procesowego⁴². Każdy tego rodzaju przypadek powinien być badany osobno i z całą pewnością należy odróżnić sytuację, w której pełnomocnik nie podjął jakiegokolwiek aktywności bądź jedynie działanie pozorne albo w dalekim stopniu wstępne w stosunku do merytorycznego zaangażowania się, od przypadku, w którym aktywność pełnomocnika miała charakter realny i wymierny w postaci konkretnego zachowania strony, podjętego pod wpływem działania pełnomocnika.

⁴⁰ Z § 14 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 265) wynika, że w sprawach, których przedmiotem nie jest należność pieniężna, stawka minimalna w postępowaniu przed sądami administracyjnymi wynosi zaledwie 480 zł. W postępowaniu przed NSA stosownie do ust. 2 przywołanego § 14 rozporządzenia ulega ona procentowej redukcji. Ta podstawowa stawka (480 zł) w § 21 ust. 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 68) wynosi zaledwie 240 zł.

⁴¹ W rozporządzeniu w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu podstawą do ustalenia opłaty w wysokości do 150% jej podstawowego wymiaru stanowi § 4 ust. 2 rozporządzenia z 3 października 2016 r. Z kolei § 15 ust. 3 z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych stanowi o kwocie, która nie może przekroczyć sześciokrotności stawki minimalnej.

⁴² Odmienne zob. postanowienie WSA we Wrocławiu z 6 października 2014 r., I SO/Wr 15/14, CBOSA.

5. Podsumowanie

Udział fachowego pełnomocnika procesowego w postępowaniu sądownoadministracyjnym niewątpliwie wpływa na sposób funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości *in genere*. Radcowie prawni wchodzą w skład aparatu wymiaru sprawiedliwości w szerokim rozumieniu tego pojęcia. Od ich postawy, od składanych wniosków procesowych i przyjmowanych strategii w znacznym stopniu zależy efektywność działania sądów rozumiana zarówno z punktu widzenia stopnia profesjonalizmu, jak i sprawności oraz szybkości postępowania.

Na zdecydowanie większą skalę potrzebny jest dialog środowiska sędziowskiego z radcowskim oraz adwokackim w celu wypracowania bardziej efektywnego, argumentacyjnego sposobu przebiegu rozprawy oraz omówienia wszystkich aktualnych kwestii, które mogłyby usprawnić przebieg postępowania sądownoadministracyjnego. Dialog taki z powodzeniem jest realizowany w państwach kultury zachodniej bez podejrzeń o stronniczość czy jakiegokolwiek innego rodzaju złe zamiary kierujące sędziami, czy też fachowymi pełnomocnikami. Najwyższy czas, aby elementy takiego dialogu, chociażby w postaci roboczych spotkań przedstawicieli samorządu oraz sądownictwa, stały się normalną praktyką także w Polsce.

Jubileusz samorządu radców prawnych oprócz słusznego powodu do świętowania powinien stanowić zachętę do refleksji nad nowymi formami doskonalenia warsztatu zawodowego radców prawnych w znajomości prawa administracyjnego oraz korzystania ze zdobyczy nowych technologii. To jest zadanie samorządu na kolejne dziesięciolecie. W im większym stopniu będzie ono podejmowane twórczo i z pasją, tym bardziej samorząd będzie odgrywał rolę organu wyznaczającego standardy profesjonalnej obsługi prawnej zarówno podmiotów prywatnych, jak i organów administracji publicznej.

Bibliografia

Literatura

- Boguszewski R., *Zaufanie społeczne. Komunikat z badań*, 2010, nr BS/29/2010, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2010/K_029_10.PDF, dostęp: 23.02.2022 r.
- Grego-Hoffmann M., *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2012.
- Grosińska A., *Pełnomocnik profesjonalny w postępowaniu przed sądem administracyjnym, maszynopis rozprawy doktorskiej*, Łódź 2016.
- Hauser R., *Reforma sądownictwa administracyjnego – podstawowe założenia*, „Przegląd Podatkowy” 2003, z. 10.
- Hauser R., Skoczylas A., Piątek W., *Środki odwoławcze w postępowaniu sądowoadministracyjnym w świetle ustawy nowelizującej z 9 kwietnia 2015 r. – analiza najistotniejszych zmian*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, z. 4.
- Knysiak-Molczyk H., *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2009.
- Knysiak-Sudyka H. [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2016.
- Osajda K., *Pełnomocnicy uprawnieni do wnoszenia kasacji i występowania przed najwyższymi organami sądowymi*, „Palestra” 2004, z. 11/12.
- Piątek W., *O różnych sposobach dążenia do specjalizacji sędziów orzekających w sprawach administracyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, z. 2.
- Rojek-Socha P., *Specjalizacja sposobem na konkurencję – prawnicy widzą konieczność zmian*, 30 stycznia 2020 r., <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/czy-prawnik-moze-titulowac-sie-jako-specjalista-w-danej,497553.html>, dostęp: 23.02.2022 r.
- Stankiewicz R., *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed NSA*, Termidium.pl 2019.
- Stawicka E., *Uprawnienie adwokatów do uczestniczenia w cywilnych procedurach kasacyjnych w wybranych państwach europejskich*, „Palestra” 2002, z. 7/8.
- Szewe T., *Konstytucyjność skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2008.
- Tarno J.P., *Pełnomocnictwo w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004.
- Tarno J.P. [w:] Tarno J.P., Frankiewicz E., Sieniuc M., Szewczyk M., Wyporska J., *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2006.
- Wyporska-Frankiewicz J., Kulig-Wyporska W., *Profesjonalny pełnomocnik w ogólnym postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, „Palestra” 2015, z. 7/8.

Akty prawne

- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 265).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 68).

Ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 2095 ze zm.).

Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 329 ze zm.).

Ustawa z 8 czerwca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1370).

Orzeczenia

Wyrok TK z 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, ZNSA 2014, z. 4.

Uchwała NSA z 7 grudnia 2009 r., I OPS 9/09, ONSAiWSA 2010/2/16.

Uchwała z 8 grudnia 2009 r., II GPS 5/09, ONSAiWSA 2010/3/40.

Piotr Rączka¹

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID ID: 0000-0002-1097-5712

Karolina Rokicka-Murszewska²

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID ID: 0000-0001-5402-4137

GŁOSA DO WYROKU NSA Z 6 MAJA 2021 R., II GSK 1057/20 (CZĘŚCIOWO KRYTYCZNA)

ABSTRAKT

Głosa do wyroku NSA z 6 maja 2021 r., II GSK 1057/20, jest kolejnym głosem w debacie nad jakością edukacji młodych prawników. Autorzy potraktowali orzeczenie jako asumpt do sformułowania bardziej ogólnych tez związanych z przewidzianą ustawami konstrukcją kształcenia aplikacyjnego i przygotowania zawodowego aplikantów do wykonywania zawodów prawniczych oraz ich wpływem na jakość świadczonych przez nich w przyszłości usług. Samorząd zawodowy ma za zadanie sprawować pieczę nad prawidłowym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Edukacja młodych prawników oddziałuje więc na nie tylko na sferę świadczenia usług prawniczych na rzecz różnych podmiotów, ale również wiąże się z koniecznością ochrony interesu publicznego. W glosowanym wyroku NSA słusznie wskazał, że wynik egzaminu winien odpowiadać poziomowi przygotowania prawniczego do

- ¹ Radca prawny (OIRP w Toruniu), doktor habilitowany nauk prawnych; profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; kierownik Katedry Prawa Administracyjnego WPiA UMK w Toruniu; w latach 1999–2010 członek Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Toruniu; autor publikacji z zakresu prawa i procedury administracyjnej.
- ² Radczynie prawna (OIRP w Toruniu), doktorka nauk prawnych, adiunktka w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UMK, autorka publikacji z zakresu prawa i procedury administracyjnej.

wykonywania zawodu. Wykroczył jednak poza ramy kontroli uchwały o wyniku egzaminu, wyznaczone przez regulację jednoznacznie określającą, że sądy administracyjne poddają weryfikacji nie oceny wystawione przez egzaminatorów, lecz ustalony na ich podstawie wynik egzaminu. Odmienne, niesłuszne zapatrywanie NSA prowadzić mogłoby do postępowania składającego się z pięciu instancji. Do wnikania w treść ocen NSA nie jest bowiem w żaden sposób uprawniony – wymagałoby to adekwatnego określenia ustawowego kryteriów warunkujących wystawienie poszczególnych ocen, co w kontekście ocen eksperckich wydaje się niemożliwe.

Słowa kluczowe: aplikacja, aplikanci, szkolenie, egzamin zawodowy, egzamin radcowski

Egzaminatorzy wystawiają oceny, korzystając ze skali oraz kryteriów ocen zawartych w ustawie (por. art. 36⁴ ust. 10 i art. 36⁵ ust. 2 u.r.p.), a oceny te są realizacją zasady swobodnej oceny dowodów i przejawem indywidualnego podejścia specjalistów, którzy z jednej strony gwarantują znajomość przepisów prawa i obiektywną ocenę prawidłowości zastosowanych rozwiązań, a z drugiej zawierają element własnej „eksperskiej” oceny poziomu pracy.

Głosowany wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego został wydany na skutek wniesienia przez zdającą egzamin radcowski skargi na uchwałę Komisji Egzaminacyjnej II stopnia przy Ministrze Sprawiedliwości do spraw odwołań od wyników egzaminu radcowskiego przeprowadzonego w marcu 2019 r. W wyniku jej oddalenia wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24 czerwca 2020 r. zdająca wniosła skargę kasacyjną, którą ww. wyrokiem Naczelny Sąd Administracyjny oddalił.

Wydany w sprawie wyrok dotyczący niezdanego przez aplikantkę radcowską egzaminu zawodowego stanowi przyczynek do szerszej analizy zakresu kontroli sądów administracyjnych przewidzianej art. 36⁸ ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych³, który stanowi, że od uchwały komisji odwoławczej (zgodnie z art. 36⁸ ust. 2 tej ustawy jest nią właśnie komisja egzaminacyjna II stopnia przy Ministrze Sprawiedliwości) służy skarga do sądu administracyjnego. Ponadto analiza przedmiotowego wyroku może stać się również przyczynkiem do szerszej dyskusji o aktualnych problemach związanych z edukacją młodych prawników, a w szczególności do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy proponowany w ustawach korporacyjnych model kształcenia aplikantów nie tylko radcowskich jest optymalny, czy realizacja zadań przekazana w tym zakresie samorządom zawodowym wpisuje się w konstytucyjną rolę tych podmiotów i – w końcu, czy nie należy poszukiwać innych rozwiązań w tym zakresie. Autorzy postarają odnieść się do sygnalizowanych kwestii, traktując przedmiotowe orzeczenie jako asumpt do sformułowania bardziej ogólnych tez związanych z przewidzianą ustawami konstrukcją kształcenia aplikacyjnego. W przypadku jednak formy analizy, jaką jest glosa, pierwszorzędne znaczenie ma odniesienie do konkretnego orzeczenia. Dalsze, bardziej ogólne rozważania wymykają się tej formie opracowania, stąd niniejsza analiza stanowi w gruncie rzeczy opracowanie hybrydowe, aspirując do formułowania wniosków bardziej ogólnych, w tym *de lege ferenda*.

³ Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166), dalej: u.r.p. lub ustawa.

I. Zakres kontroli sądowoadministracyjnej

Punktem wyjścia dla analizy pierwszego sformułowanego problemu (o charakterze glosatorskim) musi być nakreślenie procedury towarzyszącej spełnieniu ustawowego warunku wpisu na listę radców prawnych, jakim, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 6 u.r.p. *in fine*, jest złożenie egzaminu radcowskiego. Analiza wyjątków od spełnienia tego warunku wykracza poza ramy tego opracowania i zostanie pominięta. Kwestie szczegółowe związane z egzaminem radcowskim, w tym oceną wystawianą z tego egzaminu, uregulowano w rozdziale 4. u.r.p. „Aplikacja radcowska i egzamin radcowski”, a w szczególności w art. 36–36⁹ ustawy.

Charakteryzując aplikację radcowską i wieńczący ją egzamin, należy podkreślić, że zgodnie z art. 32 u.r.p. „celem aplikacji radcowskiej jest przygotowanie aplikanta do należytego i samodzielnego wykonywania zawodu radcy prawnego, w szczególności wykształcenie umiejętności z zakresu zastępstwa procesowego, sporządzania pism, umów i opinii prawnych oraz przyswojenie zasad wykonywania zawodu”, egzamin radcowski polega zaś na sprawdzeniu przygotowania prawniczego osoby przystępującej do egzaminu radcowskiego do – co NSA szczególnie w wyroku akcentuje – samodzielnego i należytego wykonywania zawodu radcy prawnego (art. 36⁴ ust. 1 u.r.p.). W licznych wyrokach sądy administracyjne akcentowały również, że „celem tego postępowania [egzaminacyjnego – przyp. aut.] jest przede wszystkim sprawdzenie wiedzy i stopnia przygotowania prawniczego osoby przystępującej do tego egzaminu pod względem zdolności do samodzielnego i należytego wykonywania zawodu radcy prawnego. W postępowaniu dotyczącym ustalenia wyniku egzaminu radcowskiego obowiązkiem komisji egzaminacyjnych jest ochrona interesu publicznego, który w tym wypadku należy rozumieć jako zapewnienie możliwości wykonywania zawodu zaufania publicznego przez osoby do tego należycie przygotowane⁴. Jest to istotna myśl, oznacza bowiem, że nadmierna łagodność ocen – wystawianie w razie wątpliwości wyższej noty – godzi w interes publiczny, a w istocie także w interes aplikanta, który nie uzyska wiedzy i kompetencji do prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 10 lipca 2012 r. wskazał ponadto, że „istota i charakter egzaminu zawodowego obligują zdających, w tym także w zakresie zadania z prawa cywilnego, do dostrzeżenia i podniesienia wszystkich istotnych uchybień sądu, zaproponowany zaś sposób rozwiązania zadania egzaminacyjnego powinien zawierać poprawnie zredagowane zarzuty i wnioski oraz należyte ich uzasadnienie. Skoro zdanie egzaminu radcowskiego ma uprawniać do wykonywania zawodu, sposób rozwiązania przyjęty przez egzaminowanego powinien odpowiadać wymogom przepisów prawa, aby mógł funkcjonować w obrocie prawnym jako środek skuteczny, możliwie najlepiej zabezpieczając interesy strony reprezentowanej zgodnie z treścią zadania egzaminacyjnego⁵. W glosowanym wyroku natomiast NSA słusznie podkreślił, że najistotniejsze jest, żeby

⁴ Wyrok NSA z 24 listopada 2021 r., II GSK 411/18, Legalis nr 2643578; por. także wyrok NSA z 19 marca 2013 r., II GSK 2333/11, Legalis nr 666758; wyrok NSA z 10 lipca 2012 r., II GSK 195/12, Legalis nr 779461.

⁵ Wyrok NSA z 10 lipca 2012 r., II GSK 195/12, Legalis nr 779461.

„wynik egzaminu radcowskiego odpowiadał poziomowi przygotowania prawniczego do wykonywania wspomnianego zawodu, nie zaś, co ma drugorzędne znaczenie, interesowi osoby przystępującej do tego egzaminu, zainteresowanej uzyskaniem wyniku pozytywnego”. Sądy administracyjne w swoich wyrokach zgodnie wskazują, że rozwiązanie zadania nawet poprawne pod względem formalnym i materialnoprawnym, które jednak nie uwzględnia interesu strony, którą zgodnie z zadaniem zdający reprezentuje, świadczy o braku przygotowania do należytego wykonywania zawodu radcy prawnego⁶.

Osiągnięciu tych celów ma służyć przewidziana przepisami ustawy procedura, której istota sprowadza się do dokonania rzetelnej oceny przygotowania zdającego. Analiza będącego przedmiotem opracowania orzeczenia wymaga przedstawienia regulacji prawnej normującej zasady oceniania zdającego. Zgodnie z art. 36⁵ ust. 2–4 ustawy oceny rozwiązania każdego z zadań z części od pierwszej do czwartej egzaminu radcowskiego dokonują niezależnie od siebie dwaj egzaminatorzy z dziedzin prawa, których dotyczy praca pisemna, jeden spośród wskazanych przez Ministra Sprawiedliwości, drugi spośród wskazanych przez Krajową Radę Radców Prawnych, biorąc pod uwagę w szczególności zachowanie wymogów formalnych, zastosowanie właściwych przepisów prawa i umiejętność ich interpretacji, poprawność zaproponowanego przez zdającego sposobu rozstrzygnięcia problemu z uwzględnieniem interesu strony, którą zgodnie z zadaniem reprezentuje. Każdy z egzaminatorów sprawdzających pracę pisemną wystawia ocenę cząstkową, sporządza pisemne uzasadnienie wystawionej oceny cząstkowej i przekazuje je niezwłocznie przewodniczącemu komisji egzaminacyjnej, który załącza wszystkie uzasadnienia ocen cząstkowych dotyczące prac zdającego do protokołu z przebiegu egzaminu radcowskiego. Ostateczną ocenę z pracy pisemnej dotyczącej danego zadania z części egzaminu radcowskiego stanowi średnia ocen cząstkowych przyznanych przez każdego z egzaminatorów.

Do ustalenia końcowego wyniku egzaminu zastosowanie ma natomiast art. 36⁶ ustawy. Zgodnie z tym przepisem pozytywny wynik z egzaminu radcowskiego otrzymuje zdający, który z każdej części egzaminu radcowskiego otrzymał ocenę pozytywną. Stosując tę zasadę, komisja egzaminacyjna podejmuje uchwałę stanowiącą wynik egzaminu radcowskiego. Uchwała ta jest doręczana następnie zdającemu, a jej odpis komisja przesyła Ministrowi Sprawiedliwości, Prezesowi Krajowej Rady Radców Prawnych, właściwej radzie okręgowej izby radców prawnych oraz dołącza do akt osobowych zdającego.

Ustawodawca, chcąc zagwarantować szerszą ochronę interesu prawnego zdającego, przewidział procedurę odwoławczą od uchwały komisji egzaminacyjnej. Zgodnie bowiem z art. 36⁸ ust. 1 u.r.p. od uchwały o wyniku egzaminu radcowskiego zdającemu przysługuje odwołanie do komisji egzaminacyjnej II stopnia przy Ministrze Sprawiedliwości w terminie 14 dni od dnia otrzymania uchwały. Do postępowania przed komisją odwoławczą, zgodnie z art. 36⁸ ust. 12 u.r.p., stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego⁷.

⁶ Wyrok NSA z 10 czerwca 2015 r., II GSK 1155/14, Legalis nr 1395246; por. wyrok NSA z 12 sierpnia 2021 r., II GSK 1478/18, CBOSA; wyrok NSA z 8 sierpnia 2012 r., II GSK 1037/12, CBOSA; wyrok WSA w Warszawie z 5 lutego 2020 r., VI SA/Wa 2379/19, Legalis nr 2392313.

⁷ Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.), dalej: k.p.a.

W ustawie o radcach prawnych przewidziano również sądową kontrolę rozstrzygnięć podejmowanych przez komisje egzaminacyjne. Zgodnie bowiem z art. 36⁸ ust. 11 u.r.p. od uchwały komisji odwoławczej służy skarga do sądu administracyjnego. Oczywiście, uwzględniając zasadę dwuinstancyjności postępowania sądownoadministracyjnego, od wyroku wydanego w tej sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny służy skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Analiza tych przepisów prowadzi do kilku istotnych dla dalszych rozważań wniosków:

- » przewidziane przepisami ustawy odwołanie do komisji odwoławczej służy nie od ocen wystawionych przez egzaminujących, które mają charakter ekspercki, lecz od uchwały o wyniku egzaminu;
- » uchwała o wyniku egzaminu nie ma charakteru decyzji administracyjnej, bowiem w takim przypadku odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów k.p.a. w postępowaniu przed komisją odwoławczą byłoby zbędne, a przepisy kodeksu miałyby zastosowanie wprost na podstawie art. 1 k.p.a.;
- » w postępowaniu przed komisją odwoławczą przepisy k.p.a. nie mają zastosowania wprost, lecz odpowiednio;
- » od uchwały komisji odwoławczej służy skarga do sądu administracyjnego, której podstawą wniesienia jest art. 36⁸ u.r.p. w związku z art. 3 § 3 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁸, a nie którykolwiek z punktów art. 3 § 2 p.p.s.a.

W kontekście tych ustaleń wynikających z analizy przepisów ustawy o radcach prawnych należy podkreślić, że glosowane orzeczenie w ocenie autorów wskazuje na to, iż NSA wykroczył poza ramy kontroli uchwały o wyniku egzaminu przewidzianej przepisami prawa. Przedmiotowy zakres kontroli wyznacza bowiem regulacja jednoznacznie wskazująca, że sądy administracyjne poddają weryfikacji nie oceny wystawione przez egzaminatorów, lecz ustalony na ich podstawie wynik egzaminu, który uzyskał formę uchwały podjętej przez komisję egzaminacyjną. Sąd w uzasadnieniu błędnie określa wynik egzaminu pojęciem decyzji, chyba że nie używa tego pojęcia w odniesieniu do decyzji administracyjnej, lecz jako odmiennej nazwy rozstrzygnięcia będącego efektem procesu decyzyjnego (podjęcia rozstrzygnięcia). Gdyby bowiem uchwały były decyzjami administracyjnymi, to regulacje odsyłające do stosowania w sposób odpowiedni przepisów k.p.a. w kontekście regulacji zawartej w art. 1 tego kodeksu, jak również przewidujące możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego, w kontekście art. 3 § 2 pkt 1 p.p.s.a., należałoby uznać za błędne czy wręcz nieracjonalne.

Bez wątplenia jednak słusznie wskazuje sąd w uzasadnieniu glosowanego orzeczenia, że uchwała komisji („decyzja”, jak nazywa ją sąd) w przedmiocie ustalenia wyniku egzaminu radcowskiego nie ma charakteru rozstrzygnięcia podejmowanego według czy też w ramach uznania administracyjnego, lecz ma charakter związany, co niewątpliwie stanowi istotną ochronę zdającego przez arbitralnym, niezajdującym pokrycia w ocenach egzaminatorów, wynikiem egzaminu. Korzystanie z uznania administracyjnego

⁸ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.), dalej: p.p.s.a.

w tej sytuacji oznaczałoby, że organ miałby prawo wyboru treści rozstrzygnięcia, a więc, że w razie uzyskania ocen pozytywnych z każdej części egzaminu istniałaby potencjalna możliwość uzyskania negatywnego wyniku egzaminu lub odwrotnie – negatywna ocena z jednej lub wielu części egzaminu nie wyłączałaby możliwości uzyskania wyniku pozytywnego z egzaminu radcowskiego. Komisja egzaminacyjna jest natomiast związana treścią art. 36⁶ ust. 1 u.r.p., zgodnie z którym pozytywny wynik z egzaminu radcowskiego otrzymuje zdający, który z każdej części egzaminu radcowskiego otrzymał ocenę pozytywną⁹. Wprawdzie ustawodawca przewidział pewien ograniczony luz decyzyjny (związany z wprowadzeniem skali ocen od celującej do niedostatecznej w art. 36⁴ ust. 10 u.r.p.), jednak członkowie komisji egzaminacyjnej są związani normatywnymi dyrektywami wyboru konsekwencji¹⁰.

Związanie dotyczy, co jasno sprecyzował ustawodawca, podjęcia uchwały o wyniku egzaminu. Poprzedzająca podjęcie tej uchwały ocena dokonana przez egzaminatorów ma charakter ekspercki, do którego odniesienie uregulowanego w ustawie trybu podejmowania rozstrzygnięcia o wyniku egzaminu nie może mieć zastosowania. Trudno bowiem przyjąć przy ustalaniu oceny wzorce właściwe dla procedury stosowania prawa. Ich zastosowanie wymagałoby bowiem adekwatnego określenia ustawowego kryteriów warunkujących wystawienie poszczególnych ocen, co w kontekście ocen eksperckich wydaje się niemożliwe. Przemawia za tym jednoznaczne dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości – w oparciu o ten sam przecież materiał – wystawienia różnych ocen przez egzaminatorów. W procesie stosowania prawa w przypadku rozstrzygnięć związanych taka sytuacja musiałaby prowadzić do konstatacji, że przynajmniej jedna z ocen (jedno z rozstrzygnięć) jest ustalona w sposób wadliwy. W tym zakresie trudno zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w niektórych orzeczeniach sądów administracyjnych, które związanie odnoszą do oceny ustalanej przez egzaminatora¹¹.

Powyższe pozwala krytycznie odnieść się do tej części uzasadnienia głosowanego wyroku, w której Naczelny Sąd Administracyjny dokonuje weryfikacji ocen wystawionych w postępowaniu egzaminacyjnym przez egzaminatorów. W tym zakresie wykracza bowiem poza zakres kontroli wytyczony regulacją ustawową. Nie pozwala ona na weryfikację ocen cząstkowych, będących – co warto jeszcze raz podkreślić – ocenami eksperckimi, które stanowią podstawę do podjęcia uchwały o wyniku egzaminu przez komisje egzaminacyjne, lecz wyłącznie na weryfikację, czy dysponując takimi ocenami eksperckimi i odnosząc się przede wszystkim do art. 36⁶ u.r.p., komisja prawidłowo zastosowała przepisy i podjęła uchwałę, w tym przypadku negatywną, o wyniku egzaminu. Przyjęcie stanowiska zaprezentowanego w uzasadnieniu głosowanego wyroku prowadziłoby natomiast do skutku, w którym procedura oceny eksperckiej miałaby charakter w gruncie rzeczy pięcioinstancyjny (egzaminator, komisja egzaminacyjna, odwoławcza komisja egzaminacyjna, wojewódzki sąd administracyjny, Naczelny Sąd Administracyjny). Ponadto z perspektywy akademickiej, którą prezentują autorzy,

⁹ Wyrok NSA z 10 czerwca 2015 r., II GSK 1155/14, Legalis nr 1395246.

¹⁰ Wyrok NSA z 19 marca 2013 r., II GSK 2333/11, Legalis nr 666758; zob. J. Lemańska, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2018, Legalis, komentarz do art. 36⁶, Nb 4.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z 9 maja 2019 r., VI SA/Wa 364/19, CBOSA.

nie gwarantowałyby one merytorycznie właściwej oceny egzaminu. Kierując się taką przecież logiką, sądy administracyjne nie obejmują (przy okazji weryfikacji decyzji administracyjnych o skreśleniu z listy studentów) zasadności wystawienia ocen z poszczególnych egzaminów uzyskanych w czasie realizacji procesu dydaktycznego, które przyczyniły się do wystąpienia przesłanki określonej w art. 108 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym¹², jaką jest stwierdzenie braku postępów w nauce.

II. Model kształcenia aplikantów

Drugim elementem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu, a sygnalizowanym w rozważaniach wstępnych, jest ogólna refleksja na temat ustawowych rozwiązań w zakresie przygotowania do egzaminów warunkujących nabycie uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego czy też – szerzej – prawniczych zawodów zaufania publicznego. Trudno pominąć bowiem ten wątek w kontekście analizowanego orzeczenia, którego wydanie było efektem niedostatecznego przygotowania zdającej egzamin radcowski, która uprzednio odbyła aplikację radcowską. Można nawet zaryzykować twierdzenie (z uwagi na fakt, że skarżąca odbyła aplikację prawniczą), że wyrok powinien być przyczynkiem do szerokiej dyskusji nad formułą kształcenia poddyplomowego prawników w ogólności.

W pierwszej kolejności wskazać należy, jak słusznie podkreślają S. Pawłowski i L. Staniszevska, że przygotowanie zawodowe aplikantów w zawodach prawniczych pozostaje w ścisłym związku z jakością świadczonych w przyszłości usług, co oznacza, że wpływa ono bezpośrednio na lepsze reprezentowanie interesów podmiotów z nich korzystających, a – szerzej – na lepszą ochronę interesu publicznego¹³. Autorzy ci nie bez przyczyny wiążą przygotowanie zawodowe z interesem publicznym. Z samego art. 17 ust. 1 Konstytucji RP¹⁴ wynika bowiem, że „w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczęć nad należytych wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Po pierwsze więc zadaniem samorządów jest reprezentacja osób wykonujących zawód zaufania publicznego. Po drugie mają one sprawować pieczęć nad prawidłowym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony¹⁵.

Obecnie przyjmuje się więc w kontekście przytoczonej regulacji konstytucyjnej, że zarówno edukacja aplikantów, jak i, czy może przede wszystkim, weryfikacja ich wiedzy

¹² Ustawa z 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2022 r. poz. 574 ze zm.).

¹³ Zob. S. Pawłowski, L. Staniszevska, *Szkolenie i doskonalenie zawodowe aplikantów adwokackich – postulaty de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Perspektywy rozwoju samorządów prawniczych*, seria „Prawnicze Zawody Zaufania Publicznego”, t. I, red. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020, s. 95.

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

¹⁵ P. Kłusek, *Państwo a samorządy zawodów zaufania publicznego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. CIII (nr 3695), s. 76.

są elementami umożliwiającymi sprawowanie pieczy, jaką samorządy zawodów zaufania publicznego (w tym radcowski) są zobowiązane zapewnić nad należytych wykonywaniem zawodu. Ustawodawca nie definiuje pojęcia pieczy samorządu nad wykonywaniem zawodu. Wydaje się jednak, że można przyjąć, iż w tym sformułowaniu mieści się możliwość wpływania samorządu na jakość świadczonych przez członków danej korporacji usług zawodowych również poprzez dokonywanie oceny ich przydatności (zdolności) do wykonywania zawodu¹⁶. Nieodłączną częścią wskazanej pieczy pozostaje również odpowiednia reprezentacja samorządu w „przeprowadzaniu egzaminów decydujących o nabyciu praw wykonywania zawodu poprzez zapewnienie organom samorządu merytorycznego udziału w ustaleniu wymogów egzaminacyjnych i przeprowadzaniu samego egzaminu”¹⁷. Nie można tracić z pola widzenia, że piecza ta nie jest autoteliczna, lecz służy w omawianym przypadku zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego jednostek, które mogą działać w zaufaniu do osób mających status radcy prawnego i powierzać im swoje sprawy.

Wypada odnotować, że nie zawsze uzyskanie prawa do wykonywania zawodu musi być poprzedzone odbyciem aplikacji zawodowej. Ustawodawca dopuszcza bowiem do egzaminu radcowskiego również osoby, które nie ukończyły aplikacji (art. 25 ust. 2 u.r.p., np. doktorów nauk prawnych lub radców Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej), a także osoby, które, mając odpowiednie kwalifikacje, nie muszą poddać się weryfikacji egzaminacyjnej. Są to jednak wyjątki od zasady i jako takie nie powinny być rozszerzane. Pomijając szczególne przypadki umożliwiające wpis na listę osób posiadających prawo wykonywania zawodu prawniczego bez uprzedniej weryfikacji ich kwalifikacji zawodowych w drodze egzaminu zawodowego (tj. osób, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.r.p.), wydaje się, że to właśnie egzamin zawodowy, w przedmiotowym przypadku radcowski, ma być kluczowym elementem weryfikacyjnym w zakresie nabycia kwalifikacji koniecznych do należytego wykonywania zawodu zarówno teoretycznych, jak i praktycznych, fachowych oraz etycznych. „Poziom jego trudności i zakres przedmiotowy zadań z poszczególnych części egzaminu daje gwarancję odpowiedniej selekcji przyszłych radców”¹⁸.

Zastąpienie samym egzaminem głównej ścieżki dostępu do zawodu radcy prawnego, jaką jest aplikacja radcowska, nie byłoby słusznym rozwiązaniem. Aplikacja powinna pozostawać podstawową drogą do zdobycia zawodu radcy prawnego. W tym kontekście aplikację (każdą, ale w szczególności, odnosząc się do tematyki glosy – radcowską) należy postrzegać szerszej – nie tylko jako czas nauki, ale również jako przestrzeń do zdobycia odpowiedniego doświadczenia i praktyki, jak również czas na stanie się częścią wspólnoty samorządowej. Kształcenie aplikanta radcowskiego powinno stanowić pełne wprowadzenie go do zawodu radcy prawnego, tak aby jednostki mogły mu powierzać swoje sprawy w zaufaniu i poczuciu bezpieczeństwa prawnego, że zostaną one fachowo

¹⁶ Por. J. Murszewski, K. Rokicka-Murszewska, *Wybrane problemy związane z pozaaplikacyjną drogą doktora nauk prawnych do zawodu radcy prawnego*, [w:] *Perspektywy rozwoju...*, s. 113.

¹⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis, komentarz do art. 17, Nb. 2 wraz z przywołanym tam wyrokiem TK z 19 kwietnia 2006 r., K 6/06, OTK-A 2006, nr 4, poz. 45.

¹⁸ Por. J. Murszewski, K. Rokicka-Murszewska, *Wybrane problemy...*, s. 118.

poprowadzone. W tym też celu musi być przeprowadzana odpowiednia weryfikacja obecnie odbywająca się w formie egzaminu. Wysoki poziom wymagań podczas niego umacnia bezpieczeństwo prawne jednostek i ich zaufanie, że zwracając się o pomoc do radcy prawnego, zapewni on obsługę prawną na odpowiednim poziomie. W głosowanym wyroku zdająca otrzymała ocenę niedostateczną z prawa cywilnego. Popełniła błędy, które według komisji egzaminacyjnej świadczyły o braku należytego przygotowania do wykonywania zawodu radcy prawnego, stanowiącego główny cel zarówno aplikacji radcowskiej, jak i egzaminu radcowskiego. Przez ten pryzmat – wspólnego według ustawodawcy celu aplikacji i wieńczącego ją egzaminu – należy oceniać kształcenie prawników i dążyć do jak najlepszego urzeczywistnienia go w praktyce. Służy to bowiem umocnieniu państwa prawnego stanowiącego wartość konstytucyjną (art. 2 Konstytucji RP).

Bibliografia

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis.
- Kłusek P., *Państwo a samorządy zawodów zaufania publicznego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. CIII (nr 3695).
- Lemańska J. [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2018, Legalis.
- Murszewski J., Rokicka-Murszewska K., *Wybrane problemy związane z pozaaplikacyjną drogą doktora nauk prawnych do zawodu radcy prawnego*, [w:] *Perspektywy rozwoju samorządów prawniczych*, seria „Prawnicze Zawody Zaufania Publicznego”, t. I, red. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020.
- Pawłowski S., Staniszevska L., *Szkolenie i doskonalenie zawodowe aplikantów adwokackich – postulaty de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Perspektywy rozwoju samorządów prawniczych*, seria „Prawnicze Zawody Zaufania Publicznego”, t. I, red. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.).
- Ustawa z 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 478 ze zm.).
- Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 329 ze zm.).
- Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75 ze zm.).

Orzeczenia

- Wyrok NSA z 10 czerwca 2015 r., II GSK 1155/14, Legalis nr 1395246.
- Wyrok NSA z 10 lipca 2012 r., II GSK 195/12, Legalis nr 779461.
- Wyrok NSA z 12 sierpnia 2021 r., II GSK 1478/18, CBOSA.
- Wyrok NSA z 19 marca 2013 r., II GSK 2333/11, Legalis nr 666758.
- Wyrok NSA z 24 listopada 2021 r., II GSK 411/18, Legalis nr 2643578.
- Wyrok NSA z 8 sierpnia 2012 r., II GSK 1037/12, CBOSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 5 lutego 2020 r., VI SA/Wa 2379/19, Legalis nr 2392313.
- Wyrok WSA w Warszawie z 9 maja 2019 r., VI SA/Wa 364/19, CBOSA.

FROM THE EDITOR

We came up with the idea of a special issue of the magazine last year, when we began preparations for the 40th anniversary of the National Bar of Attorneys-at-Law. This is, undoubtedly, the opportune moment for our journal to feature articles about the challenges facing the profession of the attorney-at-law and the Bar. I had the honour to coordinate the works on publishing the special issue – a task that did not prove too difficult, as the vast majority of people who, in my view, should voice their opinions in discussing both our profession and the condition and future of the Bar, kindly accepted the invitation.

The special issue of the journal contains 14 scientific articles and a gloss. The goal of the first of the articles, “Lawyer as Interpreter. On the Metaphorical Understanding of the Expert Nature of the Legal Profession” by Paweł Skuczyński, is to clarify the nature of the legal profession as an expert profession. In particular, it attempts to address the question of the social role of legal profession that requires the application of abstract knowledge to solve specific problems. The article starts off with social theories that see this role as mediating and integrating the social structure. Next, using the methodology of cognitive metaphor, this characterization is further developed by being juxtaposed with another type of expert activity. Additionally, the article points to practical problems in the work of a lawyer related to mediating between abstract knowledge of the law and solving individual legal problems in the social structure.

Marcin Matczak, in the article titled “The Language of Legal Populism – a Philosophical and Legal Perspective” explains the change in legal culture defined as a set of linguistic and behavioural conventions relevant to the law, as carried out by populist circles. The main idea of the article is that the populist change of legal culture consists in turning legally significant concepts into empty or constantly changing ideas, and in

destroying legal conventions with a series of instruments. The conducted analysis offers conclusions on how to counter the populist shift in legal culture.

In the third article of the special issue titled “Tasks of the National Bar of Attorneys-at-Law in the Light of Article 17(1) of the Constitution of the Republic of Poland”, the author Sławomir Patyra argues that the provision of legal assistance by attorneys-at-law in Poland, as a democratic legal state that protects human freedoms and rights, is an essential element that determines the legal position and detailed systemic functions not only of attorneys-at-law themselves, but also of the Bar that unites them. Thus, the Bar, which is the only formula for organizing attorneys-at-law that is allowed, constitutes *sui generis* an element of the system of the Republic of Poland based on the idea of the primacy of the Constitution in the system of sources of law, as well as on the principle of legalism, which sets limits to the actions that may be undertaken by public authorities.

In the article titled “The Mission of the National Bar of Attorneys-at-Law and its Members” Rafał Stankiewicz stresses that the elements which define the mission of the Bar and the mission of the attorney-at-law are determined by the goals which had been set for the profession of the attorney-at-law, namely the participation in the system of justice and support for a democratic rule of law. In Article 17, the Basic Law imposes an obligation on self-governments of the professions in which the public repose confidence to harmoniously combine multiple functions. The professional self-government is not only supposed to shape the interests of professionals in whom the public repose confidence, but, above all, aim to align them with the public interest.

In the article titled “The Role of Attorneys-in-Law in a Democratic Rule of Law”, the author Mariusz Wiczorek argues that the systemic role of attorneys-in-law in Poland is reflected in the provisions of the Constitution of the Republic of Poland and the provisions of the Act on Attorneys-at-Law. These provisions form a coherent mechanism that should guarantee attorneys-at-law and their Bar, a real impact on the degree of implementing the constitutional principle of a democratic rule of law. When acting as a legal representative, when preparing opinions for the purpose of application of law by a public administration body, or expert opinions in a legislative process, an attorney-at-law should bear in mind that they are performing a profession in which the public repose confidence, which has been assigned a special significance by the legislator, far beyond the ordinary gainful activity. The article provides a number of important directions for attorneys-at-law.

The basic elements that define a profession of public trust, exemplified by an attorney-at-law, are addressed by Tomasz Niedziński in his article titled “Professional Secrecy in Attorneys-at-Law and their Independence”. The article addresses such elements as the need to maintain professional secrecy, and the need to take into account the principles of professional deontology in the course of provision of legal assistance by an attorney-at-law. The author discusses a number of aspects with regard to the application of legal regulations on maintaining professional secrecy in the context of the applicability of the Code of Ethics for the Attorney-at-Law.

Another article included in the special issue, by Alexander Jakubowski, entitled “The Status of the National Bar of Attorneys-at-Law in the Light of the Code of Administrative Procedure – from the Perspective of Handling Complaints, Motions and Petitions”

refers to the status of the bodies of the Bar as public administration bodies in a functional perspective, and the necessity of implementing legal regulations that define the manner in which administrative bodies operate, e.g. the provisions on handling complaints and motions contained in the Code of Administrative Procedure.

In the article entitled “Participation in Capital Companies as a Form of Practising the Profession of the Attorney-at-Law”, Bogusław Sołtys takes up the topical discussion of involving capital companies in the catalogue of tasks handled by an attorney-at-law. We consider this publication as an important contribution in the development of the Bar’s position in this regard.

In the article entitled “Change of Profession or the Manner of its Performance from the Perspective of Professional Ethics of Attorneys-at-Law”, the author Sławomir W. Ciupa addresses issues related to professional mobility of the attorney-at-law in the light of the principles included in the Code of Ethics of the Attorney-at-Law. The author discusses changing the occupation or the manner it is performed in terms of the transition from the public to the private sector, from the private sector to the public sector and within the private sector. Although these phenomena are partly standardised, they legally escape ethical regulation. The author analyses whether the application of the above ethical principles is sufficient from the point of view of safeguarding against unethical use of relationships or relationship networks from the professional past, as well as avoiding the associated reduction of independence, conflicts of interest, violation of professional secrecy or loyalty.

The practical issue of significance related to the profession of running a law firm by an attorney-at law who is taking care of a person with a disability is addressed by Katarzyna Małyśa-Sulińska and Marcin Wujczyk in the article entitled “The Suspension of the Activity of Running a Law Firm by Attorneys-at-Law Taking Care of a Person with a Disability”. The article addresses an array of aspects related to implementing the duties of an Attorney-at-Law as an entrepreneur who runs a law firm in connection with the care of people with disabilities.

In another article entitled “On the Non-Constitutionality of the Rules of Remuneration for Attorneys-at-Law who Provide Court-Assigned Legal Assistance and the Resulting Legal Consequences”, Monika Florczak-Wątor addresses problems related to the construction of normative regulations regarding the creation and implementation of regulations on remuneration to attorneys-at-law who provide court-assigned legal assistance. The author’s remarks are in connection with the interpretation of the provisions of the Basic Law. It was pointed out in the aforementioned text that the variation of salaries between court-assigned attorneys and attorneys of choice for the same activities undertaken as a provision of legal assistance, raises a certainty that this solution is non-constitutional. Delegated legislation allows courts to disregard these norms and set the amount of salaries of court-assigned attorneys on the basis of the rules for determining the remuneration of an attorney of choice. Judicial rulings are already moving in this direction, but this does not override the Minister of Justice’s obligation to amend the constitutionally flawed regulations.

Related to the previous article is the text by Piotr Rylski entitled “Adjudication with Regard to the Remuneration of Court-Assigned Representatives in Civil

Proceedings – *de lege ferenda* remarks”. The author notes the need to undertake urgent changes with regard to the adjudication and payment of remuneration and reimbursement to attorneys. Otherwise, the provision of services by court-assigned attorneys will be a risky activity for them and, above all, will affect the quality of the assistance provided to the people to whom it is due. In the author’s opinion, these changes should be consistent with European trends, i.e. the introduction of the principle of the Treasury’s full liability for these expenses. In the author’s opinion, it is necessary to introduce a regulation to rule the immediate payment of the costs due to the court-assigned attorney, as is currently the case with the remuneration due to witnesses, experts or interpreters.

In another article included in the special issue, entitled “The Right to a Defence Counsel in the Light of the Rulings by the European Court of Human Rights” the author Jarosław Zagrodnik discusses the actual manner of implementing the court’s rulings in shaping domestic legislation regarding the participation of defence counsels in criminal proceedings. The author is highly critical of the regulation of this right in Polish law at the stage of directing criminal prosecution against a specific person.

The last of the articles in the issue, entitled “Representation of a Party by a Professional Attorney in Administrative Court Proceedings” by Wojciech Piątek raises a number of important and yet hitherto not discussed issues related to the participation of professional attorneys in proceedings before administrative courts. In particular, a reference was made to the scope of the necessity with which lawyers and attorneys-at-law must determine, before the Supreme Administrative Court, the consequences of misconduct by a professional attorney for the sphere of rights and obligations of the represented entity. It also outlines the challenges that professional attorneys and their self-government bodies are faced with today.

The special issue is concluded with a partially critical gloss to the ruling of the Supreme Administrative Court of 6 May 2021, II GSK 1057/20 by Piotr Rączka and Karolina Rokicka-Murszewska.

This special issue of the journal has an increased volume on this occasion, which results from the fact that we decided to publish it in two languages (also in English). We do believe that our friends affiliated in legal professional corporations in various countries of the European Union will find it interesting. We have been long receiving signs of interest, kindness and concern from them, in connection with the current situation in the Polish system of justice. Our anniversary is a perfect occasion for showcasing the problems and challenges that attorneys-at-law, as well as the strong and consolidated Bar that brings them all together, are currently facing.

Rafał Stankiewicz
scientific editor of the issue

Paweł Skuczyński¹

University of Warsaw

ORCID ID: 0000-0003-3817-0462

LAWYER AS A TRANSLATOR.

ON THE METAPHORICAL UNDERSTANDING OF THE EXPERT NATURE OF LEGAL PROFESSIONS

ABSTRACT

The purpose of this article is to clarify the nature of legal professions as experts. In particular, an attempt has been made to answer the question of what, in the case of these professions, is the social role that requires the application of abstract knowledge to specific cases. The starting point for consideration is social theories that see this role as a mediation and integration of the social structure. Next, using the methodology of cognitive metaphor, this characterization is further clarified by juxtaposing it with another type of expert activity, i.e., translation. Thus, practical problems were identified in the work of a lawyer, related to mediating in the social structure between abstract knowledge of law and solving individual legal problems. These problems were characterized primarily as difficulties in the use of different languages by institutions and citizens.

Keywords: Legal professions, experts, cognitive metaphor

¹ The author is an employee of the Department of Philosophy of Law and Science of State at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw. He is also president of the foundation Instytut Etyki Prawniczej and publisher of the Legal Ethics Library series.

An attempt to explain what constitutes the legal professions is an endeavor arguably as old as the legal professions themselves. Nowadays, they are usually not focused on the search for their universal essence and, consequently, the values attributed to them, but rather on characterizing them with the help of three types of factors, being systemic, i.e., the place of these professions in the social division of labor, functional, i.e., primarily the tasks performed by them, and interactional, i.e., what activities their members perform within the framework of relations with other entities. From a legal perspective, finding a characterization of legal professions using these three factors presents little difficulty. This is because they are public trust professions performed as liberal professions. They service the law as such, and by doing so, they are complicit in the application of the law and the protection of individual rights and, therefore, are, as is often put, a coefficient of justice. They perform this task by providing legal assistance, i.e., representing clients before courts and authorities and advising them in legal matters in order to protect their interests or legal assets.

It is somewhat more difficult to make such a characterization from the point of view of social sciences. An approach that emphasizes the importance of functional factors and applies not only to legal professions but also to liberal professions in general, seems to be the most widespread, according to which, their role is to apply general rules of conduct to specific situations, where on the one hand these rules are becoming increasingly complicated due to the dynamics of social development, and on the other hand they do not themselves determine the manner of this application. Consequently, such professions, and lawyers in particular, are becoming increasingly important in modern societies. As a professional group, they must themselves broaden their knowledge to fulfill their role in a changing social environment and, at the same time, cannot be subjected to effective external control.² Both their responsibility and autonomy increase. Of course, failure to meet this responsibility may lead to attempts to limit their autonomy and increase control over them, but in the long run, this will be ineffective and tend to turn into mere repression.

In contrast, coping with increasing responsibility requires a growing awareness and understanding of one's role in society. In doing so, one can assume that it will be helpful to characterize this role as one of an expert.³ This emphasizes a relationship between the performance of these professions with increasingly complex and specialized knowledge and, at the same time, their special position vis-à-vis laypeople who do not have easy access to it. Of course, barriers to this access should be understood in a broad sense, including not only constraints with regard to the acquisition of information (which seems to be of decreasing importance) but also on its interpretation and application (which is

2 T. Parsons, *Spojrzenie socjologa na zawód prawnika*, [in:] T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warsaw 1972, p. 480, 486; T. Parsons, *Wolne zawody a struktura społeczna*, [in:] T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warsaw 1972.

3 A. Giddens, *Konsekwencje nowoczesności*, Kraków 2008, p. 15 et seq.; U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna. Polityka tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warsaw 2009, p. 114 et seq. See also: P. Kaczmarek, *Zaufanie do zawodów prawniczych w społeczeństwie ryzyka*, [in:] H. Izdebski, P. Skuczyński, *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warsaw 2011, p. 11 et seq.

growing in importance). Therefore, one of the key questions about the expert nature of legal professions is how these barriers can be crossed. How can lawyers perceive their role to make this possible? Can they adopt some kind of attitude or acquire a certain kind of cultural competence to do so?

The following analysis will attempt to address this problem using a methodology based on the cognitive metaphor theory. In short, this consists of the fact that more abstract concepts (belonging to the target domain) are based on less abstract ones (belonging to the source domain). There is a regular mapping relationship between them, that is, transferring certain features from the latter to the former so that we are able to better understand them.⁴ In the case of legal professions, the application of a methodology based on these assumptions serves to analyze the extent to which their expert nature can be understood as based on our understanding of other such professions. In doing so, one may reach out to a whole variety of professions.⁵ This article will discuss – as is often the case in the literature – the understanding of the lawyer’s role as a translator.

The validity of such a juxtaposition and treating it as a cognitively meaningful metaphor can already be seen at an intuitive level when we consider a lawyer as doing something similar to translating an utterance from one language into another. Thus, he/she uses his/her general knowledge of language to formulate specific statements in another language, secondary to the source. In the simplest terms, we can say that it is a translation from the natural language used by the client into a broader language of law, including legal and legalistic language, and vice versa – from the language of law into that used by the client. Of course, the simplification here lies primarily in the fact that natural and legal languages are not separate languages that could be distinguished on the basis of ethnicity. Rather, as we know, legal language is just some variation of an ethnic one.⁶ Therefore, one cannot speak of translation in the strict sense. However, the distinctions which exist between the utterances formulated in the two languages must be taken into account and somehow bridged by the lawyer, which is precisely the basis for formulating the translation metaphor as a metaphor, rather than treating the lawyer’s activity as translation *par excellence*. It is obviously not just a difference in the generality of expression, i.e., formulation of norms by means of abstract-and-general terms and formulation of the client’s utterances in a concrete and individual way, but rather it is the differences existing at the level of terminology, meaning, and syntax.

In the literature, the expert nature of the translation metaphor is emphasized, among others, by P. Kaczmarek, who, using Z. Bauman’s thesis on the end of the era of legislators and the coming of the era of translators, formulated an opinion that lawyers face a dilemma of choosing between the role of a legislator and the role of a translator.

4 See for example: G. Lakoff, M. Johnson, *Metaphors We Live By*, Chicago 2003. See also: Z. Kövecses, *Metaphor. A Practical Introduction*, Oxford 2010; J.W. Hamilton, *Metaphors of Lawyers’ Professionalism*, “Alberta Law Review” 1995, No. 4, p. 839 et seq.

5 See: P. Skuczyński, *Metaphor of the Lawyer as an Architect and the Concept of Law*, “Ordines” 2021, No. 2, p. 363 et seq and the literature cited therein.

6 T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata*, [in:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga jubileuszowa prof. Marii Boruckiej-Arctowej*, ed. G. Skąpska, J. Czapska, K. Daniel, J. Górski, K. Pałeczki, Kraków 1992, p. 149 et seq.

Legislator is a metaphorical term for an intellectual and, as the author argues, also for a lawyer who acts based on the certainty of institutional order. His/her activity is directed toward legitimizing this order by demonstrating its grounding in universal principles. This is explained by a general theory he/she applies to individual cases. The metaphorical translator, on the other hand, operates in a situation of a permanent dispute over interpretation and the universal right to interpret, exercised by all, not just experts. He/she is understood here as someone whose task is not to legitimize the institution, but to create its image – to explain and clarify its functioning to other subjects. The translator guarantees that the translation conforms to the rules of a given institution and can demonstrate that it is acceptable by a given community. According to the author, the lawyer's very choice of whether to act as a legislator or as a translator is a moral choice, an element of which is whether he/she limits his/her moral responsibility for acting within the limits of an institution or assumes such responsibility.⁷

A broader and somewhat different development of the translation metaphor, however, can be found primarily in the work of J.B. White, one of the founders of the *law and literature* movement. He tries to develop the concept of justice as translation. A context for such a defined purpose of consideration is the fragmentation of culture and the problem of its integration. He finds that contemporary professional discourses, which are highly specialized and technical, often become monological and thus sterile or even dead. He rejects such solutions to this problem as, for instance, replacing professional language or the professional voice with an informal, personal, or entirely individually shaped language. This would lead to the same emptiness and hermeticism. He also considers solutions relying on interdisciplinarity, as well as various types of transplantations between disciplines, to be unsatisfactory. He points out that they are based on a territorial metaphor, in which various disciplines have their area defined by their boundaries, which can then possibly be crossed. This means treating professional knowledge as entirely objective and bureaucratically defragmented.⁸

Instead, the author proposes an approach based on the processes of translation and literary creation. Therefore, he postulates the adoption of certain achievements of literary theory, critical theory, and hermeneutics. In particular, he draws attention to the issue of composition – the interweaving of different voices in texts without losing their individuality. Thus, he tries to develop a concept in which integration of law with other areas of culture would not consist in the lawyers' crossing the borders of their discipline, but in learning how to compose their texts in such a way that they use many voices or languages, and at the same time, because of the way of this composition, they could see themselves as their authentic creators. In doing so, the author realizes that legal discourse today is primarily a discourse of power. However, he postulates a departure from such thinking, which would create, in his opinion, opportunities for criticism of legal texts, such as in literary discourse, especially in the case of translations. Putting the lawyer

7 P. Kaczmarek, *Era prawodawców czy era tłumaczy? O dylemacie wyboru roli interpretatora*, [in:] *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, ed. P. Jabłoński, Wrocław 2011, pp. 163–168.

8 J.B. White, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago and London 1990, pp. 7–14.

in the shoes of a translator will result in the realization that translation is never simple and must always be based on respect. There are serious grounds for this because law, especially its application, includes a mechanism for confronting different languages and establishing their hierarchy. Recognizing the diversity of languages and accepting languages other than the language of law is a political and ethical challenge for lawyers.⁹

From this point of view, the author analyzes the issue of conceptual language, which is also characteristic of law, and according to whom, using the category of a concept has far-reaching consequences. First of all, it presupposes a reference to an extra-linguistic reality, such as the mind or idea. The language appears here as transparent, and the content of the concept as something which can be proven or demonstrated. In this context, concepts are translatable, which makes learning another language a mere technicality. However, it is also this feature of conceptual language that contributes to its oppressive nature, as it leads to the need to guard the purity of concepts within a discipline, and to assume the primacy of their meanings over other disciplines. By contrast, in the author's view, meaning is use and, therefore, terms such as "semantic field" and other territorial metaphors are unacceptable. Meaning is not private either, of course, but there is always some *residuum* in it – something very individual and personal, inaccessible to others. Rather, the units of language, e.g., individual words or sentences, are certain possibilities of use in a particular context, which means, however, locating the subject in a particular culture. This creates a tension between the concreteness and generality of language. In literary texts, this tension is used to run two narratives at the same time, and the better the composition between them, the better the literature we deal with.¹⁰

A similar tension can be seen in lawyers' texts such as pleadings or court justifications, which are composed through the use of the general and abstract language of legal acts on the one hand and the individual and concrete language of facts on the other. Central to the quality of the text is the interaction between these languages and their narratives. They are currently dominated by an academic style, which is conceptual and aggressive in the sense that it is geared towards the author's narrative occupying a kind of territory. However, focusing only on the general and abstract aspect cannot be a good composition of, for example, judicial reasoning. It should be more argumentative and critical, or simply conversational because only then will it allow proper transitions between narratives.¹¹

The conversational character of legal texts is possible, *inter alia*, due to the fact that the lawyer, on the one hand, is their author, while on the other hand, he/she appears in them as a reader of other texts – both legal and those coming from the client.¹² Being in this position, he/she should, according to the author, act as a translator. The author posits that translation is an art of recognizing, acknowledging, and responding to another person and the language they use. This puts the translator between languages and people, allowing the differences between them and, therefore, their identities, to be seen

⁹ *Ibidem*, pp. 14–17, 24.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 28, 35, 37.

¹¹ *Ibidem*, pp. 40, 90–91, 98.

¹² *Ibidem*, pp. 100–101, 105 et seq.

more clearly than from other perspectives. In the act of translation, the translator, like the author of a text, asserts his/her own identity while being constrained by the recognition of the distinctiveness of others and the need to respond to their texts. Therefore, translation is a model for justice, which by its very nature also concerns relationships between people. The author repeatedly emphasizes this last element, i.e., that translation and justice are about proper relationships between people.

Translation is also a complex practice that requires skill and ethics, and this is further illustrated by using the etymology of the term itself. Namely, translation comes from the Latin *trans* (through) and *latus* (to transfer), so it is a kind of transfer of meaning. However, following J. Ortega y Gasset, it is assumed that such a transfer is never fully possible and does not occur in a one-to-one relationship. It is because the translator always performs a twofold transformation of the meaning – it consists in producing a deficiency and exuberance of the meaning. The former are situations when certain meanings are not reflected in the translated text, and the latter are those that were not present in the source text but can be found in the target text.¹³

To become aware of them is at the same time to become aware of one's limits, which in turn makes it possible for translation to be a model for ethics. Translation requires both recognition of the value of another's language and one's own limitations. Thus, it must not be motivated by a desire to dominate or appropriate but must be based on respect. Translation, therefore, does not consist of moving concepts from one lexical unit to another. Since there is no translation without a change in the meaning, it can be said to involve the production of an independent text relating to the original one. In creating it, one must keep in mind not concepts, or at least not primarily, but rather the relationships between texts, languages, and people, and these are to be the basis of its composition.

The same is true of interpretation, which for the author is an extension of translation – it also puts the interpreter between two texts with the knowledge that he/she will never succeed in fully reflecting the text being read because two uses of words are always unequal, and each interpretation is unique. Interpretation, then, is as much a creative process as translation – it is the authorial production of a text consisting of a composition based on different languages, necessarily containing excesses and exuberances of the meaning in relation to the original text, and requiring an ethical attitude, full of respect for other people and languages.¹⁴

In the author's opinion, the metaphors of justice as translation and a lawyer as a translator thus perfectly capture the essence of his/her work. For he/she must translate whenever reading a legal text. It occurs between the historically established meanings of legal language and the language of specific contemporary subjects such as the addressees of the norms, and, of course, the other way round. This makes the lawyer both a marginal and central figure in the application of law. Marginal, because he/she is always dealing with the client's case, not his/her own. He/she translates the language and situations which are structurally outside of it. While he/she must act respectfully and try to learn the language spoken by the client, this does not change the fact that he/she will always

¹³ *Ibidem*, pp. 229, 232–234.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 235–236, 241, 250, 252, 254, 258.

remain a stranger to the client. At the same time, the lawyer appears as a central figure because law is nevertheless a discourse of power that subordinates and binds together all other discourses. How the lawyer translates one language into another, and whether it is truly based on appreciation and respect, will make a significant difference to the client.¹⁵

A slightly different approach to this issue is taken by C.D. Cunningham, who, incidentally, refers to the views of J.B. White and tries to develop them. The author proposes the metaphor of the lawyer as a translator to show that when representing a client, the lawyer performs something similar to the act of translation and, as a consequence, this always results in a change of the meaning of the narrative presented by the client. This is due to the fact that no translation is perfect, and two languages are never fully compatible. However, by working with his/her client, a good translator can avoid such a change of the meaning that would lead to any serious distortion and negative consequences. Thus, he/she is able to compensate in a certain way for the imperfections resulting from the translation, and even enrich the sense of the utterance, thus playing a positive role despite the objective impossibility of a perfect translation. It should be noted, however, that the risk of such a distortion is, of course, especially present in the case of differences in perspectives between the translator and the client due to gender, race, or social class.¹⁶

Thus, it also always occurs on legal grounds and is further reinforced by the fact that the meanings of legal language are never shared by all members of society. Thus, the metaphor of the lawyer as a translator shows that when representing the client, the client's position is often distorted or even partially "silenced". The reason for this is errors made by lawyers, which can be seen precisely thanks to the translation metaphor. As already mentioned, a good translator is aware of the change in the meaning during the act of translation and knows how to control this by working with the client. However, in addition to the metaphor, the author believes that social sciences such as anthropology, sociolinguistics, and ethnomethodology, which supplement the vision of the lawyer as a translator, can also help lawyers. By drawing on the achievements of these sciences, he, like J.B. White, links the process of translation to interpretation, which he understands as a collective and largely situational process that takes place in a multi-entity system. For the lawyer, as for the translator, the most important thing within this system should, of course, be the client. He/she should precede the translation with a process of interpretation in accordance with the methodologies of these sciences and, thanks to this approach, perceive the difference between his/her own and the client's way of speaking and thinking, activate his/her imagination towards the client and, consequently, better understand his/her story.¹⁷

The author purports to embed considerations on the translation metaphor in a simple epistemology, according to which, mental activity is divided into three spheres – sensation, experience, and knowledge. Thus, the author does not assume that there is a dichotomy between the reality and the subject, but rather a relationship of a dynamic

¹⁵ *Ibidem*, pp. 248–249, 262.

¹⁶ C.D. Cunningham, *The Lawyer As Translator, Representation As Text: Towards An Ethnography Of Legal Discourse*, "Cornell Law Review" 1991–1992, No. 77, pp. 1299–1300.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 1301–1302.

nature, because experience is constituted by sensation, and knowledge in turn by experience; the world of concepts is constituted by elements of experience. Consequently, the language plays a key role in the knowledge building – naming reduces the complexity of experience, exposes, formalizes, and stabilizes forms and relationships. Concepts are neither simple abstractions coming from experience nor derivations of transcendent ideas, but rather they are realized in the process of objectifying experience. In this model, reality is neither objective nor socially framed. In particular, it would not be advisable to use the latter, essentially metaphorical, term in reference to this model. This is because framing does not adequately account for how much language contributes to cognition. It also depicts cognition as a transition from experience to knowledge, while according to the author, it is a two-way process.¹⁸

Such an approach to knowledge and language allows the author to demonstrate that translation is essentially a culturally universal experience because, if done correctly and ethically, it involves a continuous circular movement from the statements made in the source language by the client to the translator's equivalent statements and back again to confront them with the source language. The universality of this experience, according to the author, makes it possible to effectively construct a metaphor of the lawyer as a translator, and thus to explain, using the theory of cognitive metaphor, a certain more complicated sphere of life, namely the lawyer's activities, by referring to more easily grasped activities of the translator.¹⁹

The metaphor of the lawyer as a translator naturally leads to the metaphor of representation as text – the client narrative is conceived here as a text to be submitted by the lawyer to a professional audience. It also brings to mind J.B. White's characteristic relationship between law and literature, especially in the sphere of interpretation. As mentioned, however, the author refers primarily to social sciences. For example, by relying on the achievements of ethnography and its concept of the informant. The author assumes that culture is a text, while ethnography is a kind of literary practice of interpretation, citing the views of C. Geertz, according to whom the ethnographer's task is to translate the informant's language, which is often figurative for the researcher, into literal language that can then be interpreted in another culture.²⁰

As part of the translational metaphor, this can be applied to the lawyer-client relationship in such a way that it is the lawyer who should treat the client as a kind of anthropological stranger and, therefore, as an informant – to gather material during the conversations and then study it in depth. In doing so, he/she should distance himself/herself and reduce the risk of misunderstanding arising from the assumption that they are both speaking the same language and using the same meanings. Therefore, the lawyer should first recognize the client's text and look for the meaning that the client ascribes to it. So, before attempting to translate it into legal categories, they must distance themselves from what they hear from the client – enter the role of an anthropological observer. By failing to do so, lawyers often cause some loss, consisting in the fact that when imagining

¹⁸ *Ibidem*, pp. 1330–1334.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 1337–1338.

²⁰ *Ibidem*, pp. 1339–1446.

what the client means, using to this end the lens of legal terms, they are not able to understand what clients want to communicate to them, even using the same terms as the lawyers. Consequently, they are then unable to make a correct translation. Thus, it can be said that a lawyer, in order to be a good translator, must first imagine that one can speak a different language than that of the lawyer and that even words of basic meaning for the lawyer, such as entitlement or harm, can have a different meaning to his/her client.²¹

Turning to the evaluation of the metaphor in question and the related vision of legal professions, it should be emphasized that it captures a very important element of the lawyer's work, i.e., the presence of the latter in the relations between different subjects, e.g., a client and a court, which also means the necessity to operate among different languages. It not only provides an opportunity to understand the lawyer's work by relating his/her role to the translation business but also to use the ethics of translation in legal ethics. There are not only numerous similarities between the two fields but also a similar degree of dispute over fundamental issues. For instance, the ethics of the translator also analyzes issues of the extent of the translator's moral responsibility, including the question of the social effects of translation as well as relations to the goals and commands of the message sender. The standard approach in this area centers around translation equivalence, which is essentially a linguistic issue. This results in the fact that the problem of the translator's subjectivity is basically absent in the ethical sphere, and the whole discussion is reduced to the fidelity of the translation or adequacy between two texts in different languages. According to this view, the translator should be precise, neutral, loyal, and objective. In fact, it can be said that the best translator is a translator that is unnoticeable.²²

However, as in legal ethics, in this case, there also has been a shift described as a socio-cultural one, which has moved the focus from the subject aspects of the translation to the translator as a subject, including the role he/she plays. One element of this shift was to draw attention to difficult translations, not only in the linguistic sense but also in ethical categories. These include written translations and oral interpretations of war-time; camp and prison experiences. Interestingly, metaphorical terms are used to prove that the neutrality of the translator's activity is only apparent. In the discussed cases, the entire burden of the situation and the responsibility associated with it also affects the translator, who absorbs all the suffering associated with it like a sponge. The standard metaphor of a translator as someone merely lending his/her voice and, therefore, as a mechanically acting language intermediary, is countered by other terms such as being a cultural bridge as well as a spokesperson or even an advocate for the client. The last two metaphors express different visions of translation ethics. In each case, the question of neutrality is approached differently, each time recognizing, however, that the translator is not transparent and does not bear any responsibility for the acts of his/her translation.²³

²¹ *Ibidem*, pp. 1348–1351, 1356.

²² M. Tryuk, *Ty nic nie mów, ja będę tłumaczył. O etyce w tłumaczeniu ustnym*, Warsaw 2012, pp. 18–19, 23–24.

²³ *Ibidem*, pp. 24, 26–27, 31.

With regard to the first metaphor, i.e., a description of the translator as being a bridge or acting as a bridge-builder, this means that he/she is not a neutral transmitter – a sort of servant of two masters – but his/her task is to aim at reaching an agreement between the parties. It is his/her own purpose and his/her own responsibility, which is independent of the intentions of the parties to the communication. The act of translation is understood here as a kind of cultural mediation. In order to perform this task effectively, it is necessary to have confidence in the translator, which is derived from his/her own personal qualities. At the same time, it exposes him/her to possible conflicts with parties to the communication who may not be interested in seeking agreement, but, for instance, may be more interested in dominating the other party. The main question is whether the translator should then resist the will of such a client and pursue primarily his/her task of bridge-building, or whether he/she should submit to the client's instructions. An analogous problem can be said to exist in legal ethics.²⁴

This draws attention to the second metaphor, i.e., treating the translator as a spokesperson for the client, in particular as someone taking the side of the weaker participant in the act of communication. This approach is related to the critical perspective according to which the translation always encounters the problem of reproducing the dominant ideology. The translator as a subject is responsible for his/her texts and the narratives they contain and is not relieved of this responsibility by the fact that they are secondary in nature. This is because it is impossible to be a neutral transmitter of something that is intrinsically non-neutral, as can be seen most clearly in extreme situations such as wartime translations. However, this is a universal truth that applies to other translation acts as well. Consequently, the translator should not reproduce ideologies – he/she is a full participant in the interaction through whom communication can take place, and, as such, he/she has not only the right but also the duty to resist. He/she cannot simply stand in the middle of the communication, and thus between the narratives of the parties, because as a full participant in the communication process, he/she will always belong to one of them. If so, he/she should choose this affiliation on the basis of ethical criteria.²⁵ Thus, it can be said that the translation metaphor draws attention to the problem of the neutrality of the subject in the process of applying knowledge to specific cases. It shows how this neutrality is unobvious and how it can be problematized.

²⁴ *Ibidem*, pp. 38, 43, 46.

²⁵ *Ibidem*, pp. 34–36, 49–51.

Bibliography

Literature

- Beck U., Giddens A., Lash S., *Modernizacja refleksyjna. Polityka tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*, Warsaw 2009.
- Cunningham C.D., *The Lawyer As Translator, Representation As Text: Towards An Ethnography Of Legal Discourse*, "Cornell Law Review" 1991–1992, No. 77.
- Giddens A., *Konsekwencje nowoczesności*, Kraków 2008.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny a obraz świata*, [in:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga jubileuszowa prof. Marii Boruckiej-Arcowej*, ed. G. Skąpska, J. Czapka, K. Daniel, J. Górski, K. Pałeczki, Kraków 1992.
- Hamilton J.W., *Metaphors of Lawyers' Professionalism*, "Alberta Law Review" 1995, No. 4.
- Kaczmarek P., *Era prawodawców czy era tłumaczy? O dylemacie wyboru roli interpretatora*, [in:] *Czy koniec teorii prawa? Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, ed. P. Jabłoński, Wrocław 2011.
- Kaczmarek P., *Zaufanie do zawodów prawniczych w społeczeństwie ryzyka*, [in:] H. Izdebski, P. Skuczyński, *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warsaw 2011.
- Kövecses Z., *Metaphor. A Practical Introduction*, Oxford 2010.
- Lakoff G., Johnson M., *Metaphors We Live By*, Chicago 2003.
- Parsons T., *Spojrzenie socjologa na zawód prawnika*, [in:] T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warsaw 1972.
- Parsons T., *Wolne zawody a struktura społeczna*, [in:] T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warsaw 1972.
- Skuczyński P., *Metaphor of the Lawyer as an Architect and the Concept of Law*, "Ordines" 2021, no. 2.
- Tryuk M., *Ty nic nie mów, ja będę tłumaczył. O etyce w tłumaczeniu ustnym*, Warsaw 2012.
- White J.B., *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago and London 1990.

Marcin Matczak¹

University of Warsaw

ORCID ID: 0000-0003-0844-5816

THE LANGUAGE OF LEGAL POPULISM – A PHILOSOPHICAL AND LEGAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

Populism researchers draw attention to the vital role of language in the implementation of Populist agenda. This role is discernible in propaganda practices, in attempts to redefine pre-existing notions, and in changing social – but also – linguistic conventions.

The recent wave of populism (2010–2021) touches upon law and the rule of law in a special way, and thus phenomena such as propaganda, redefinition of notions and change of convention are often implemented in the field of the language of law. This elaboration is an attempt to analyse the mechanism of changes in the linguistic conventions governing the language of the law and legal language caused by populism, while the tool for this analysis is the philosophy of law applying the achievements of the philosophy of language.

Using the concepts and theories proposed by E. Laclau, N. Lacey, R.G. Millikan and F. Recanati, in this study, I explain what the change of legal culture – being conducted by populists – is, defined as a set of linguistic and behavioural conventions relevant to the law.

The predominant thesis of the research paper in this area is the claim that the populist change of legal culture consists in turning concepts that are vital for law into empty or constantly floating signifiers, and in destroying legal conventions by 1) ceasing to reproduce behaviours that

¹ Attorney-at-law, professor of social sciences in the field of legal science, specialist in the theory and philosophy of law, university professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw.

have so far constituted linguistic and behavioural conventions in the field of law, or 2) initiating the reproduction of new behaviours. In both cases, the modification of the convention entails the loss of their ability to perform functions that are appropriate within the meaning of R.G. Millikan, and thus causes a decline or loss of social usefulness. The analysis carried out enables to draw conclusions as to how the populist change of legal culture can be counteracted.

Keywords: populism, language of law, cultural convention, philosophy of language, legal culture

1. Introduction

Populism researchers draw attention to the vital role of language in the implementation of Populist agenda. This role is discernible in propaganda practices, in attempts to re-define pre-existing notions, and in changing social – but also – linguistic conventions.

The recent wave of populism (2010–2021) touches upon law and the rule of law in a special way, and thus phenomena such as propaganda, redefinition of notions and change of convention are often implemented in the field of the language of law, especially constitutional law. This elaboration is an attempt to analyse the mechanism of changes in the linguistic conventions governing the language of the law and legal language caused by populism, while the tool for this analysis is the philosophy of law applying the achievements of the philosophy of language.

Using four theoretical concepts, in this paper, I explain what the change of legal culture – being conducted by populists – is, defined as a set of linguistic and behavioural conventions relevant to the law. The elementary tools used in the study are:

- a) the concept of populism as a discourse, proposed by E. Laclau, in particular, the concept of “*empty signifiers*” and “*floating signifiers*”,² related to the language of the law and legal language, notably, to the concepts of the rule of law and judicial independence used in populist communication practice,
- b) the concept of “*convention-trashing*” proposed by N. Lacey,³ used to describe the practice of populism, consisting in changing conventional linguistic behaviours in the field of law, as well as other conventions that are relevant for law, including constitutional customs,
- c) the concept of R.G. Millikan’s convention, in which conventions are historically shaped sequences of reproduced behaviours, having the so-called *proper function*, i.e. the social usefulness that in the past caused the reproduction of these behaviours,⁴

² E. Laclau, *Populism: What’s in a Name?*, [in:] Francisco Panizza ed., *Populism and the mirror of democracy*, Verso 2005. The translation of the term “signifier” (“significant”) as a “sign” does not correspond to the original use of the term by F. De Saussure, in whose works *signifier* was only one of the elements of a sign (next to the element *signified*). Nevertheless, due to the clarity of the message and the fact that for the considerations conducted here, a distinction is made between *signified* and *signifier* is not of key importance, a simpler terminological convention has been selected.

³ N. Lacey, *Populism and the Rule of Law*, Working paper 28, January 2019, LSE International Inequalities Institute.

⁴ R.G. Millikan, *Language, Thought and Other Biological Categories*, MIT Press 1984.

- d) the concept of semantic potential by F. Recanati, which deviates from the criterion concept of the notion, in favour of a paradigmatic concept, i.e. based on a comprehensive comparison of new situations of using the notion with previous situations of its use.⁵

The predominant thesis of the research paper is the claim that the populist change of legal culture consists in turning concepts that are vital for law into empty or floating signifiers, and in destroying legal conventions by 1) ceasing to reproduce behaviours that have so far constituted linguistic and behavioural conventions in the field of law, or 2) initiating the reproduction of new behaviours. In both cases, the modification of the convention entails the loss of their ability to perform a function, which is appropriate within the meaning of the R.G. Millikan, and thus causes a decline or loss of social usefulness. The analysis carried out enables to draw conclusions as to how the populist change of legal culture can be counteracted.

2. Populism vs. legal concepts

A characteristic feature of populist governments is the desire to introduce changes within the area of the concepts that are important to public life. The tendency of populism to redefine the language used by society is noticed and presented in studies reporting historical events, such as Victor Klemperer's *LTI*⁶ or "Newspeak in Polish" by Michał Głowiński.⁷ No less influential analyses for comprehending this issue are provided by fiction, drawing pictures of dystopian authoritarianisms, the best example of which is George Orwell's *1984* and the well-known postulate of a complete change of meaning of concepts, visible in the slogan: "War is peace. Freedom is slavery. Ignorance is strength".⁸

The last stage of populism – flooding the world within 2010–2021, and covering both Europe, in particular, not only the so-called post-communist countries, such as Hungary and Poland, but also the Anglo-Saxon world, especially the United Kingdom in the pre- and post-Brexit era, as well as the United States of America under Donald Trump – is not also free from the strive to introducing conceptual changes. Attempts at redefinition of the concept concern notions such as democracy, and the discussion in this area focuses on whether this concept can be supplemented – without harm to itself – with adjectives, for instance, such as "illiberal".⁹ The debate over the content of concepts and the need to change their content also applies to *strictly* legal concepts, including one of the most important for the proper functioning of society, i.e. the concept of the rule of

5 F. Recanati, *Literal Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

6 V. Klemperer, *LTI. A Philology's Notebook*, Wydawnictwo Literackie [Literary Publishing House], Kraków–Wrocław 1983.

7 M. Głowiński, *Nowomowa po polsku [Newspeak in Polish]*, Pen, Warszawa 1990.

8 G. Orwell, *Rok 1984 [Year 1984]*, przeł. D. Konowrocka-Sawa, W.A.B. 2021.

9 M. Krygier, *Illiberalism and the Rule of Law*, [in:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, ed. A. Sajo, R. Uitz, and S. Holmes, Routledge 2021, pp. 533–553.

law. It can even be stated that the concept has become a semantic battle for meaning, in which both attackers (populists) and defenders (legal community) adopt different strategies.

Of course, the dispute over the rule of law has a number of dimensions other than the semantic one. Yet, it seems that at certain level it is taking place in connection with an attempt to redefine the concept of the rule of law, or rather hollow it out of its content, as its existing content is an obstacle to populist activities. Fortunately, it turns out that the autonomy of language may form a certain barrier to changes, including changes in the legal and non-legal culture.

In order to undermine this autonomy, attempts are sometimes made to show that the concept of the rule of law is empty. Examples of such an approach are the statements of the British adviser to Prime Minister Boris Johnson, who said that the rule of law is a ‘weasel-word’, which can be roughly translated as ‘a word fitting into multiple contexts’. It means:

an informal term for words and phrases aimed at creating an impression that something specific and meaningful has been said, when in fact only a vague or ambiguous claim has been communicated (...) Using weasel words may allow one to later deny any specific meaning if the statement is challenged, because the statement was never specific in the first place.¹⁰

As indicated, weasel-words can be a form of tergiveration, which is understood to mean “the act of avoiding a clear way of acting or speaking, by intentionally being ambiguous”.¹¹

The foregoing means that Prime Minister Johnson’s advisor finds the notion of the ‘rule of law’ empty and manipulative, and therefore devoid of any enduring and generally accepted content. This approach is also evident in the statements of Polish politicians. The Polish Minister of Justice, Zbigniew Ziobro, in a statement quoted in *Gazeta Wyborcza* daily newspaper, said: “Anything can be the rule of law. In fact, the dispute is about power and sovereignty”.¹² This statement also suggests that the rule of law as an empty concept can be filled with any sort of content. In a sense, the above statements of British and Polish politicians show traces of post-modern thought. They could repeat after the post-modernists – there is nothing ‘signified’, there are only ‘signifiers’ – there is no single meaning, and trying to impose it is tantamount to violence and oppression. Accordingly, each individual has the right to understand the rule of law in their own way, and sometimes it can even be an indicator of their freedom.

I contend that the major tool of populists, who attack and destabilize the rule of law, is the destabilization of language, leading to the conviction of the public that the concepts that are fundamental to the state are devoid of content. It is a specific process of hollowing out concepts from the existing content in order to obtain the right to fill them with one’s own – politically convenient – content. Such an approach, dangerous for the

¹⁰ Source: Wikipedia..

¹¹ *Ibidem*

¹² “Ziobro sues the “money for the rule of law” mechanism. Constitutional Tribunal published the motion”, *Gazeta Wyborcza*, January 15, 2022.

rule of law, is possible only if one adopts a vision of language in which meaning is defined as a set of criteria. Such a vision of language, derived from Ferdinand De Saussure and Gotlob Frege, is characteristic of structuralism and logical positivism, and is treated by many as the only scientific concept of language. In this vision, language is apparently stable because words seem to be strictly defined by specifying the conditions of their application, and the language itself is treated as a synchronous structure (*langue*), not as a living practice that has a specific, vital function for the society (*parole*).¹³ This vision of language has been criticized by post-modernism, and contemporary populism utilizes post-modern arguments for political purposes.

I oppose this seemingly stable version of the language with the teleological vision originating from the pragmatism of C.S. Peirce and R.G. Millikan's tele-semantics, in which language is considered as a historically shaped practice. This practice is continued because it brings a specific benefit to the society (it implements its 'proper function'¹⁴). Contrary to the claims of post-modernists and populists, this function stabilizes the language and prevents it from being arbitrarily redefined. I postulate that the tradition-based use of language, resulting from earlier uses, is a hindrance to its manipulation, which means that a populist who wants to destabilize a language has to question or manipulate this tradition – and only then is s/he able to extract concepts from their content.

3. Two visions of language

There are two approaches to concepts in the philosophy of language, i.e. definitional and paradigmatic. In the definitional approach, concepts are a predetermined set of criteria that apply to reality. Moreover, criteria precede application. In a competitive approach based on paradigms, criteria can only be discovered *ex post*, after developing the practice of their application. The criteria-based approach is static, and the criteria set is relatively constant. The paradigm-based approach is open to change as practice itself changes.

The difference between these two approaches is explained by F. Recanati, distinguishing between the 'Fregean approach to concepts', in which words are associated with abstract 'conditions of use', and the approach in which words, as linguistic types, are associated with their specific applications.¹⁵ This distinction presupposes that in the use of language, no intermediate step is needed that is based on abstracting common features that are common to previous uses of the word.¹⁶ The paradigmatic concept:

¹³ F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa ogólnego* [General Linguistics Course], trans. by K. Kasprzyk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.

¹⁴ R.G. Millikan, *Language, Thought...*, p. 4.

¹⁵ F. Recanati, *Literal Meaning...*, pp. 147–148.

¹⁶ Recanati makes it clear that this distinction is characteristic of J.L.'s philosophy of language (F. Recanati, *Literal Meaning...*, p. 141), who preferred the applicative approach to concepts.

(...) eliminates abstract meanings for kinds, in favour of specific applications. The contextual meaning of a word in a particular use depends on the relationship of similarity between that use of the word (in the ‘target situation’) and previous uses of the same word (in ‘source situations’).¹⁷

These considerations can be transferred to the law. Source situations are all previous cases in which a given fragment of reality was considered ‘falling’ under a given concept – for example, situations in which a given institutional system was considered ‘lawful’. The target situation in Recanati’s terminology is a new case – the current institutional set-up that is questionable as to whether it can be defined as ‘the rule of law’. The application of the concept consists in relating the term ‘rule of law’ to the element of reality, which is the institutional system and its functioning. The phrase ‘this is the rule of law’ has, according to Recanati’s theory, ‘semantic potential’, which is “a set of justified situations of application”,¹⁸ or:

a set of past uses, based on which the similarities between the source situations (i.e. the situations that those uses relate to) and the target situation (the situation that they currently relate to) can be identified.¹⁹

As Recanati notes, the set of features common to the source and target situations, and therefore the conditions of use (for example, the predicate ‘X meets the rule of law’, where X is a given institutional system), will not be the same for all applications;²⁰ these features will depend on the target situation.²¹ The question arises – why they cannot be stable, and in fact the same.²² To clarify this, Recanati uses the concept of Waismann’s

¹⁷ *Ibidem*, p. 151.

¹⁸ *Ibidem*, p. 148.

¹⁹ *Ibidem*, p. 152.

²⁰ F. Recanati, *Literal Meaning...*, p. 148.

²¹ “One target situation may be similar to the source situations in some respects and another target situation may be similar to them in other respects” (Recanati, p. 148). The variety of new target situations, i.e. new cases to which legal language has to be applied, is an inseparable part of judicial practice, which makes Recanati’s approach particularly attractive to jurisprudence. As S. Soames argues, “courts were created precisely to mediate between the enormous variety of possible behaviours, on the one hand, and the legally codified general principles that are to regulate it, on the other” – S. Soames, *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation*, [in:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, ed. A. Marmor and S. Soames, OUP 2011, p. 45.

²² The instability of the application criteria does not imply the instability of the linguistic meaning: “Not only do words have relatively stable conditions of application, in various uses; there is also interpersonal stability: language speakers converge in their judgements about application conditions or truth conditions” – F. Recanati, *Literal Meaning...*, p. 152. R. Millikan puts forward a convincing argument on how a linguistic practice leads to the emergence of the so-called “stabilizing function” of a given linguistic device (for example, a predicate). As the author writes: “The normalizing and stabilizing function of the linguistic apparatus should not be thought of as an invariant or average function, but as a function that corresponds to a critical mass of actual use cases, forming a centre of gravity to which stray speakers and listeners tend to return after departing from it. This is due to the fact that the linguistic apparatus has such a stabilizing and normalizing specific function which it fulfils in such a critical mass of real cases that it can survive cases in which this stabilizing function is not fulfilled without extinction or change of function” – R. Millikan, *Language, Thought...*, p. 4.

‘open texture’.²³ According to Waismann, it is impossible to provide a full definition of the concept, “a mental model that predicts and decides once and for all every possible issue of use”.²⁴ Such a model would have to describe all the potential elements of the type of situation in which the concept is to be applied, and this is impossible.

Therefore, the definitions contain only the most important features common to all source situations (‘tip of the iceberg’), while in fact the source situations are similar in many other respects (‘background’).²⁵ Whether a similarity relation between the source situation and the target situation will relate to the feature mentioned in the definition or belonging to the ‘background’ depends on the target situation.²⁶ If the target situation is typical, then it is similar in terms of the characteristics specified in the definition, and we are dealing with an easy case. However, if the target situation is atypical, its similarity to the source situation is assessed holistically: the similarity regarding background characteristics is also assessed.

An example would be using the predicate: ‘This is a validly passed law’. When referring the phrase to a non-controversial law passed by a parliamentary majority, assessing whether that reference is correct includes checking whether the situation meets the conditions set out in the definition (e.g. whether the law was properly notified under a legislative initiative, whether it passed the appropriate parliamentary procedure, or was signed by the president and promulgated). These features constitute the ‘tip of the iceberg’, i.e. the minimum, typical set of features that a situation must have in order to fall under a given concept. Nevertheless, when the situation is controversial (e.g. a parliamentary vote was held under the threat of the use of weapons by soldiers of the military junta), it turns out that such an atypical target situation must be assessed holistically, and thus also in terms of similarity to previous situations of use to the characteristics of ‘background’. One of the features that was present in earlier situations when an important law was passed was the lack of coercion.²⁷ This feature did not fall into the narrow set of typical criteria (the ‘tip of the iceberg’, and only the unusual target situation showed us that it is relevant. Since the feature of the target situation (voting under the threat of using a weapon) is coercion, and the previous situations of using the predicate ‘this is a validly passed law’ did not contain

23 F. Waismann, *Verifiability*, [in:] *Logic and Language*, ed. A. Flew, 1st series, Blackwell 1951, pp. 121–123.

24 *Ibidem*.

25 “The applicability of the term to new situations depends on their similarity to the source situations, i.e. to situations with which the term has associated its meaning. For the term to be (clearly) applied, the target situation must be similar to the source situation not only in respect of those features that easily come to mind and constitute an “explicit” definition of the term (“tip” to use the iceberg metaphor), but also in terms of the hidden background. If the two situations differ significantly from the latter, it is unclear whether the term will apply even if the explicit conditions for meeting it are met” – F. Recanati, *Literal Meaning...*, p. 143.

26 As Recanati claims: “In Waismann’s perspective, words are associated with situations of use, and that is all. To apply a word to or in a new situation, the situation must be similar to the source situations; yet, we cannot examine in advance all the possible dimensions of the similarity between source situations and possible target situations: an open texture reappears again” – F. Recanati, *Literal Meaning...*, p. 145. Moreover, “The dimension of similarity is not in itself given, but conditioned by context” – *Ibidem*, p. 146.

27 *Ibidem*, p. 144.

this element, it cannot be concluded that the target situation is completely similar to the source situations, and thus that it falls under the concept of ‘validly passed law’.

The conclusion that can be drawn here is that the application of concepts is not the application of a predetermined, narrow set of definition criteria to a given case, but rather a global comparison of the target situation with the full semantic potential of the words, concepts and predicates applied.²⁸ According to Recanati:

the predicate may be applied even when the target situation differs significantly from the source situation – as long as in the context, and, taking into account the set of contrasts, the similarities are more significant than the differences,²⁹

and:

even if the target situation has all the foreground features that appear to be part of the ‘definition’ of the P predicate, it is enough to suspend a number of background features to jeopardize the application of P to the target situation.³⁰

Recanati states that the idea of semantic potential is not based on the assumption of Fregean semantics that the set of conditions for the application of a concept is determined once and for all, but on the assumption that meaning is a set of source situations so that the concept applies to a target situation “if, and only if it is substantially similar to the source situations”.³¹ Summing up, Recanati proposes not to draw out any definitive sets of features from past uses of the concept, in other words, not to draw out application criteria. Instead, he postulates:

to abandon the intermediate stage (linguistic meaning) and directly determining what contextual meaning a given expression takes in a given use case, based on the contextual meanings that the expression had in previous use cases – without abstracting or having to abstract the “linguistic” meaning of the expression type.³²

This proposal means that the criterial approach has a serious competitor in terms of thinking about the concepts and in their application. Which of these approaches is more appropriate should be decided by comparing how both approaches to language – criterial and paradigmatic – enable to solve practical problems. One such is the problem of manipulating concepts that are perpetrated by populism, and to which this study is devoted. Now let us see how this process looks in detail and how both concept approaches deal with it. To that end, we will discuss the concept of Laclau’s empty and

²⁸ Recanati speaks of “the global nature of the similarity between the target situation and the source situation” – *Ibidem*, p. 150.

²⁹ *Ibidem*, p. 151.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 147 (underlined in original).

floating signifiers that are characteristic of populist narratives, in particular, with regard to the rule of law.

4. Ernesto Laclau and the concept of empty and floating signifiers

In this paper, I assume that two approaches to legal concepts – criterial and paradigmatic – can be scrutinized from the point of view of their resistance to being applied for the purposes of populist manipulation, notably to blur the content of these concepts, or even deprive them of their content. These issues – blurring and hollowing out the content – are a fundamental element of E. Laclau’s approach to the language of populism – such as his concept of ‘empty signifiers’ and ‘floating signifiers’.³³

According to E. Laclau, populism is first and foremost the logic of articulation – it is therefore a method of communication that makes specific changes in concepts that are part of public discourse.³⁴ As Laclau writes, populism not so much expresses the nature of social entities as constitutes them through articulation:³⁵

a given movement is not populist because in its politics or ideology, it presents real content that can be described as populist, but because it exhibits a special logic of articulating this content – whatever it may be.³⁶

Laclau’s main thesis is that populism is not an ontic, but an ontological category, i.e. its meaning should not be sought in its content, but in a particular way of articulation that brings about ‘structuring effects’ at the ‘level of representation ways’.³⁷

Laclau accentuates that the populist narrative always takes place in the relationship between the requesting party and the system; most often the system of power. Especially when it comes to demands, the narrative is not based on specifics, since specific, precise demands could be satisfied, which would exhaust the main fuel of populism, i.e. social frustration. Hence, demands must be expressed in general language (example: ‘Decommunization of the courts’) so that it would not be possible to fully satisfy them, or even that it would not be possible to determine what such satisfaction would consist of. Laclau calls this phenomenon ‘poverty of populist symbols’,³⁸ which is best implemented by the so-called ‘empty signifiers’. As he writes:

the construction of popular subjectivity is possible only on the basis of discursively produced, biased empty signifiers. The so-called ‘poverty’ of populist symbols is a condition for their political effectiveness – since their function is to lead to an equivalent homogeneity in a highly

³³ E. Laclau, *Populism...*

³⁴ *Ibidem*, p. 33.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ E. Laclau, *Populism...*, p. 34.

³⁸ E. Laclau, *Populism...*, p. 39.

heterogeneous reality, they can only do so by minimizing their particularistic content. On the verge of this process, it comes to the point where the homogenizing function is fulfilled by a pure name: the name of the leader.³⁹

However, signifier dilution works not only on the demand side, but also on the system description side. – on the side of the ‘pole of power’.⁴⁰ If populism attacks the ‘judicial caste’ or ‘the rule of law’, then these signifiers are watered down, too.

A special feature of the concepts used by populism is their instability, which is visible in their smooth enrichment and impoverishment – depending on the need. There is no longer a clear ‘one signifier-one signified’ relationship. There is conceptual destabilization both with regard to the ‘people’ and their demands, and with regard to the ‘system’ that the ‘people’ want to change. As Laclau highlights, all this causes a fundamental instability of concepts,⁴¹ and the populist articulation is variable and depends on the context, owing to which it can be freely conceptually extended or narrowed. The key feature of populism is the contestation and redefinition of concepts, carried out on both sides of the ‘people-power’ dichotomy, which is crucial for populism.⁴²

As a result, the central signifiers of discourse become empty, which means that:

they weaken their old connections with certain specific content – the content becomes perfectly open to a variety of equivalent rearticulations. It is enough for empty popular signifiers to retain their radicalism – that is, the ability to divide society into two camps.⁴³

In addition to empty characters, Laclau also distinguishes ‘floating signifiers’ – which also destabilize communication driven by populism:

To address this ambiguity of popular signifiers and the demands they articulate, we will talk about floating signifiers. The type of structural relationship that constitutes them differs from that which we found in the case of the empty signifiers: while the latter depend on a fully developed inner boundary resulting from the chain of equivalences, the floating signifiers are an expression of the ambiguity inherent in all boundaries and their inability to obtain ultimate stability.⁴⁴

5. Nicola Lacey and destroying the convention

Laclau’s analyses must be supplemented by the remarks of N. Lacey, who relates the destabilizing actions of populism directly to the rule of law. Thus, she clarifies the area that

³⁹ *Ibidem*, p. 39–40. Interestingly, on the side of the enemies of populism, the signifiers are also reduced to the level of surnames (Broniar, Michniki, etc.).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² *Ibidem*, p. 40–41.

⁴³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 43.

is attacking the ‘people’, the area of the ‘system’, which in this case is the system of legal fuses, generally referred to as ‘the rule of law’. Lacey analyses:

the ways in which contemporary populist discourse undermines the rule of law through various mechanisms – notably through agenda-setting, policy influence, influencing discretionary decisions and destroying conventions – taking into account institutional and social conditions that favour the strengthening or weakening of these mechanisms in specific contexts.⁴⁵

The phenomenon of populism attacking the rule of law is almost global. Lacey emphasizes that it is discernible in countries such as the United States, the United Kingdom, France, Germany, Austria, the Netherlands, Sweden, Greece, Italy, and especially in Hungary and Poland.⁴⁶ In all of these places, an attack against the ‘system’ in the form of the judiciary authority is evident. An example of such an attack was, inter alia, the reaction of the media and politicians to the decision of the English High Court (Miller [2016] EWHC 2768; concerning Art. 50 of the Treaty on European Union and its application to the process of leaving the EU by the United Kingdom. The headline describing the judges as “enemies of the people” became the symbol of this reaction.⁴⁷

In the US under President Trump, we could also notice slandering of the courts, as well as attempts to put pressure on the justice system, which, according to Lacey, prove that populism (in general) is a peculiar threat to constitutionalism, and (notably) to the courts.⁴⁸

Lacey’s primary objective is to discern how populism threatens the rule of law. To reach this target, it is necessary to define the rule of law, and here Lacey faces the dilemma of whether to do it on a criterial or paradigmatic basis. The equivalent of the first approach will be formal visions of the rule of law. An example of the second will be the functional approach to the rule of law, represented, inter alia, by M. Krygier,⁴⁹ in particular, his teleological approach to the rule of law as a set of ideals and findings aimed at limiting power.⁵⁰ As Lacey writes:

The distinguishing feature of these groups of approaches is their contextualism: in a functional approach it is obvious that, although in fact it represents an ideal and recognizes the moral value of the rule of law as ‘a way of association’ between people (...), its content, what the rule of law ideally requires, and the institutional arrangements needed to make them binding, will change over time and space and will be shaped by a range of cultural, institutional and political conditions (...). These approaches, like content-based approaches, are sensitive to the danger that the rule of law may take a superficial form rather than being fully embedded in internal conventions and attitudes. Therefore, they resist any dichotomies of

⁴⁵ N. Lacey, *Populism and the Rule of Law*, “Annual Review of Law and Social Science” 2019, Vol. 15 (abstract).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 4–5.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁹ M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*. In *Relocating the Rule of Law*, ed. G. Palombella, N. Walker, Hart Publishing, Oxford 2009, s. 45–69.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 7.

'idealism/realism' (...) and emphasize that the values to which the rule of law aspires can only be achieved through a thorough understanding of how particular social and political systems function.⁵¹

Lacey gives a number of examples showing that the rule of law does not have strictly defined criterial content, but is variable in time and space (example of Myanmar and early modern England).⁵² Nonetheless, this does not mean that their content is unstable, as the function performed by the rule of law remains stable. Lacey defines populism as follows:

Essentially, populism is a highly moralizing approach to politics that juxtaposes homogeneous 'us, humans', often understood in ethnic or national terms, embodied in a leader who speaks on behalf of this undifferentiated collectivity and expresses its will against the supposedly 'corrupt' – hence, tendency towards conspiracy theories in this genre of political discourse – 'elite' (as well as against various minorities of 'outsiders'). Populism is an ideology (...) that considers society as ultimately divided into two homogeneous and antagonistic camps, 'pure people' and 'corrupt elites', and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (universal will) of the people (...).⁵³

Populism understood in this way influences the 'interpretive frame' or 'mental map'⁵⁴ used by social actors, and, of course, concepts are an indispensable element of this framework and this map. Such an approach to populism by Lacey is possible because, like Laclau, she recognizes populism as 'discourse' and it is an 'ambivalent discourse'.⁵⁵ By influencing the interpretive framework of democracy, the discourse of populism 'distorts' it. This distortion can certainly be applied also to the concept of the rule of law.

An example of distortion of the rule of law is the concept of 'discriminatory legalism', which is used to repress civil society.⁵⁶ Despite the fact that it is based on an apparent respect for the law, it is contrary to the rule of law understood in a functional perspective, i.e. perceived from the perspective of its outcomes.

Lacey emphasizes that the purely formal concept of the rule of law enables such 'militant' legalism, and is therefore dangerous.⁵⁷ The above process leads, as Lacey believes, to the distortion of the rule of law – to the replacement of the idea of the 'rule of law' with the idea of the 'rule by law':

Not only for supporters of the material concepts of the rule of law, but also for those who take a functional view of the rule of law as inherent in limiting power (...), this is a corruption of the rule of law: something we can call the rule by law and not the rule of law, although the specific form this upheaval takes will vary with time and place.⁵⁸

⁵¹ *Ibidem*, p. 7.

⁵² *Ibidem*, p. 8.

⁵³ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 13–14.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

6. R.G. Millikan and conventions as lineages

Lacey's considerations on destroying conventions should be compared with the treatment of conventions as traditionally shaped lineages of R.G. Millikan. Law philosophers generally believe that Millikan's contribution to convention theory is limited to two works in which she criticizes David Lewis's approach.⁵⁹ However, in order to fully appreciate her contribution to the analysis of the convention, it is necessary to take into account the broad philosophical background of her work.⁶⁰

Millikan developed an original, naturalistic theory of language and mind – 'biosemantics' – based on evolutionary biology.⁶¹ This theory explains the key concepts of the philosophy of mind and language, including concepts such as beliefs, intentions, mental representations and reasons, by relating to their ultimate biological functions and their dependence on biological and cultural evolution.⁶²

According to Millikan, language is a survival tool that helps to navigate in a complex world, facilitating the collection, storage and transmission of information about it (descriptive language), and expressing ideas for its improvement (normative language). Millikan notes that "language is merely a very large set of extant (token) precedents of usage".⁶³ Indeed, linguistic signs spread by copying and creating 'lineages'.⁶⁴

The concepts of the proper function and survival value⁶⁵ are central to Millikan's theory. She defines proper function as:

an own function of things, called this way because it was this function that was chosen or retained in the course of the development of a species, individual or culture, and therefore a function whose performance by ancestors explains its existence.⁶⁶

Since behaviours copied by people bring the desired effects (i.e. fulfil their proper function), and thus improve their situation, they also have a survival value, i.e. increase the efficiency of the organism and/or the group. The word 'function' in the phrase 'proper function' means the causal role ascribed to a particular object or pattern of behaviour,

⁵⁹ See: R.G. Millikan, *Language Conventions Made Simple*, [in:] *Language: A Biological Model*, MIT 2005; and R.G. Millikan, *A Difference of Some Consequence Between Conventions and Rules*, 27 *Topoi* 2008, pp. 87–99.

⁶⁰ This background can be found in her ground-breaking *Language, Thought...*, as well as in later works, incl. *Beyond Concepts. Unicepts, Language, and Natural Information*, Oxford 2017.

⁶¹ R.G. Millikan, *Biosemantics*, "Journal of Philosophy" 1989, vol. 86, pp. 281–97.

⁶² R.G. Millikan, *Language, Thought...*, pp. 93–94.

⁶³ R.G. Millikan, *A Difference...*, p. 92.

⁶⁴ R.G. Millikan, *Language: A Biological Mode*, Oxford 2005, p. 38.

⁶⁵ The concept of survival value should definitely not be understood in the narrow sense of the biological survival of an individual. The proper use of linguistic conventions is an adaptation to the (social) environment that increases the fitness of the individual, the fitness of other individuals in the group, and the fitness of the group to which they belong. An evolutionary approach to conventions is sometimes seen as reducing sophisticated human achievement to brutal materialism and a biological struggle for survival. Yet, the theory of evolution can help explain seemingly unnatural phenomena such as altruism and justice (B. Skyrms, *Evolution of the Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge 2014).

⁶⁶ R.G. Millikan, *Beyond Concepts...*, p. 223.

and relies on the outcome likely to be achieved by it. The survival value is also a function, but it is better understood as a factor that increases overall ‘fitness’ or ‘adaptation’. A single convention performs a specific function. Nevertheless, whether the system as a whole performs a global function, and hence increases the survival value as a whole, depends on the combined effect of proper functions produced in relation to the fitness (adaptation) of an individual or group.⁶⁷

Proper function and survival value together form the mechanism underlying the spread of language: descriptive language (when true) makes people better adapted to the conditions in which they function, because they can form accurate beliefs about the world and base their actions on them. An effective cultural convention operating in a given community can bring it and its members a survival value. Adaptations, the adoption of which increases the chances of survival of the community and its members, are, for instance, better coordination (e.g. thanks to road traffic rules) or the avoidance of conflicts (e.g. thanks to linguistic conventions enabling mediation).⁶⁸

Millikan’s theory is based on strong anti-psychological and anti-descriptionist assumptions, including the assumption that a criterial-based approach to language is not optimal. She argues that interpersonal interactions, and especially linguistic interactions, do not require a great deal of knowledge about the minds of others, including their mental states (beliefs, intentions, etc.). Her anti-psychologism is evident in her devastating criticism of H.P. Grice⁶⁹ and in her criticism of the ‘rationalism of meanings’,⁷⁰ which is an element of semantic internalism, and thus of the criterial approach. Millikan is radically different from Grice in his belief in the importance of intention in human communication – he thinks that intention is not needed to describe the mechanism of creating meaning, like other mental states, including beliefs about a set of criteria determining the content of concepts.

Within this broad conception of mind, language, and meaning, Millikan presents her theory of convention. As she notes, conventionality consists of two related features: First, natural conventions (...) consist of patterns that are ‘reproduced’ (...). Second, the fact that these patterns spread partially results from the importance of the precedent and not, for example, from their inherently superior capacity to perform certain functions.⁷¹ Conventional patterns reproduced in time create ‘lineages’ (e.g. the lineage of the shout “Something’s on fire!” is the history of all its uses – the application of shout tokens in specific life situations). The reason why behaviours are reproduced over time is their proven effectiveness in achieving the results desired by the cooperating partners (e.g. escape from the source of fire).

⁶⁷ See: A.G. Wouters, *Explanation Without a Cause*, “Quaestiones Infnitae” XXIX, Zeno 1999, p. 30.

⁶⁸ See: S. Bowles, J.-K. Choi, A. Hopfensitz, *The Co-evolution of Individual Behaviors and Social Institutions*, “Journal of Theoretical Biology” 2003, vol. 223, pp. 135–147..

⁶⁹ R.G. Millikan, *Language, Thought...*, p. 52.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 326.

⁷¹ R.G. Millikan, *Language Conventions...*, p. 2. For Millikan, a precedent is an action from the past that can be repeated to solve a similar problem: instilling good belief by reusing a descriptive mark, or bringing things to the desired state by reissuing the directive (R.G. Millikan, *A Difference...*, p. 88).

7. Rule of law – criterial or paradigmatic?

Our ideas and concepts help us to cope with reality – at least this is how their function is understood in a pragmatic philosophy of culture, which draws inspiration from the theory of evolution and treats the products of the human mind as adaptations to the world around us. If this is the case, the quality of our concepts, and therefore the quality of what we think about reality through these concepts, is critical to our functioning in the world. If our ideas and concepts are imperfect, erroneous or impractical, we should act towards their improvement, because only in this way can we increase the scope of implementation and proper function, and thus increase the degree of our adaptation to the environment.

In this article, I pose a question about the adaptive quality of our notion of a concept, and in particular which approach to the nature of concepts – criterial or paradigmatic – serves us better as the users of concepts. Just as a bad theory can cause blindness (*theory-induced blindness*), such a bad, imperfect notion of a concept can cause clumsiness in dealing with the world. I put forward the thesis that this is the case with the criterial approach to concepts – this approach is more susceptible to populist manipulation of concepts important to us, such as the rule of law, and therefore should be replaced by a paradigmatic approach that is more resistant to such manipulation.

What arguments can be presented in support of the above thesis? Firstly, in an increasingly divided society, it is very difficult to defend the belief that its members share criteria that make it possible to jointly identify the elements of reality that should be covered by a given concept. If a concept is a community-shared set of criteria, whether understood as a set of necessary and sufficient conditions (Frege), or as a bundle of descriptions (Searle), the application of this approach to concepts requires a certain level of agreement on the sets of criteria x_1, x_2, ix_3 making up a given concept – only then does the element of reality that meet these criteria ‘fall’ under the given concept.

But still, as mentioned above, societies are becoming more and more divided and it is very difficult to state who decides on the criteria to be shared by them. In the light of the subject of this article, it should also be emphasized that one of the objectives of populism is to deepen social divisions and to use differences in defining concepts as arguments for the fact that concepts are in fact empty (this, as indicated, is the attempt by populists to extract the notion of the rule of law from the content). Such is easy to accomplish because the criterial approach has to be based on a certain level of abstraction – the abstraction of typical features-criteria from a set of instances is, after all, the theoretical basis of this approach. The higher the level of abstraction, the easier it is to manipulate, because the more the abstract concept moves away from tangible reality and the effects of a given conception on our functioning in the world.

From this perspective, the paradigmatic approach seems much better because it is less abstract and based on general criteria that must be covered by social consent. As indicated above, in the paradigmatic approach, the most important issue is the conventional history of applying a concept to the world, thanks to which the concepts relate more to external reality than to the ideas in our heads. A key element of the paradigmatic approach is the focus on the proper function of concepts, and therefore on

the beneficial effects that their application brings. This reference to reality and function makes the paradigmatic approach more tangible and verifiable.

In order to show how the paradigmatic approach to concepts is superior to the criterial approach, at least in terms of counteracting the processes that populism tries to cause (destabilization of concepts, hollowing them out of the content), let us first analyse the well-known philosophical and legal case of the ruling in the case of *Riggs v. Palmer*, by applying the paradigmatic approach to concepts. Subsequently, using the experience gained in the background of this case, let us analyse – in a paradigmatic perspective – the dispute over the concept of the rule of law that has been going on in recent years in Europe, including Poland.

In *Riggs v. Palmer*, the court had to decide whether the grandson who was supposed to receive his grandfather's estate, and poisoned him because he feared that the testator might alter the will, may inherit it anyway. In the opinion of the majority of the judges, whose author was Judge Earl, it was stated that even if the legislator did not explicitly foresee such a case as the considered one, the general principles (e.g. the rule that no one should benefit from the evil that s/he had committed) prevented the grandson for the possession and use of the property, and therefore he should not inherit it. In a dissenting opinion, Judge Gray argued in a more formalistic manner that if a grandson who was punished for his criminal offence was deprived of inheritance, it would be punishing him twice for the same offence. According to Gray, such a penalty cannot be imposed without an express statutory provision, and the court has no power to impose it, even if such a decision is dictated by moral considerations.

The case of *Riggs v. Palmer* was analysed numerous times and in various ways, but let us try to approach it from the perspective of the notion of concepts compared in this article, i.e. criterial and paradigmatic. The dispute between the judges seems to be a clash between these two approaches. According to Judge Gray, when assessing the effectiveness of a will, the same set of criteria should be used that had been used in previous cases. Therefore, a will that met all the statutory criteria, and has not been revoked, should be considered effective. In other words, the copy of the will from which the grandson was to inherit 'falls' under the term 'effective will' because it meets the set of criteria that define an 'effective will'.

Judge Earl's approach can be perceived as more paradigmatic: whether the target situation (Palmer's will) was substantially similar to the source situations (previous wills) depended on more than meeting a rigid set of criteria. This case differed from previous cases related to wills in that the beneficiary had murdered the testator. The element that we can define as 'not killing the testator' was part of the previous source situations (previous effective wills), but did not fall under the definition of 'ability to inherit', or 'being a beneficiary of a will', perhaps due to the fact that it seemed obvious. To put it differently, this element was not covered by the 'tip of the iceberg' (a set of narrow criteria), but was an important fact that was part of the 'background'.

Therefore, the target situation (the case of *Riggs v. Palmer*), i.e. the new situation of applying the concepts of 'ability to inherit' or 'effective will', differs significantly from the previous situations of applying these concepts (source situations), because it is devoid of the element of 'not killing the testator' (includes the element of 'killing the testator').

This justifies the conclusions that differ from those in the source situations and rightly led the judges to conclude that the target situation (Palmer's will) should not be considered as falling under the terms of 'ability to inherit', or 'effective will'. A functional approach, characteristic of the paradigmatic approach, is also visible in this case, i.e. the rejection of formalism and focusing on whether in given circumstances the functions of the holistic practice of drawing up and executing wills are achieved.

A similar analysis can be carried out with regard to the concept of the rule of law, of course, with the proviso that this is an analysis conducted on a completely different level of generality and not related to a specific court decision, but rather to the way of argumentation adopted by the parties to a dispute over the rule of law. First of all, it must be emphasized that the approach to the concept of the rule of law, based on the criterion theory, favours the implementation of social goals of populism in the sense that it requires inter-subjective consent as to the content of the concepts. Since populism denies the existence of such consent (e.g. by arguing about a specific, local, Polish understanding of the rule of law, which is different from the understanding of 'European'), it is easy for it to bring out the Laclau's statement on empty signifiers, and thus fill in the concept of any content.

Moreover, populists in their narrative also try – although they do it in a partial and therefore manipulative manner – to use the paradigmatic approach. This strategy can be seen in the argumentation based on comparing the situation of the rule of law in Poland and other European countries (Spain, Germany), and then in the assertion that there are similarities between these paradigmatic cases (e.g. relating to the element of 'appointment of judges by politicians'). This similarity, in the understanding of populist narratives, fully justifies the application of the concept of the rule of law also to the Polish or Hungarian situation.

A defence against the above-mentioned populist strategy can only come about through the holistic application of a paradigmatic approach to the concept of the rule of law that is in line with the theoretical program proposed by Millikan and Recanatì. According to this program, the legitimacy of applying the concept of the rule of law to a given target situation (e.g. the situation of the rule of law in Poland or Hungary) is determined by the WHOLE similarity to the previous situations that make up the lineage of the application of the term 'rule of law'. As with any lineage, source situations in which a given reality was referred to as 'rule of law' had a number of features. According to the populist narrative, there was no "PROHIBITION OF THE APPOINTMENT OF JUDGES BY POLITICIANS" among them – such references do occur in countries generally considered to be law-abiding. The target situation (constitutional crisis in Poland) has an element of appointing judges by politicians, and this fact is used to claim that the Polish situation does not meet the conditions of the 'rule of law'. It is easy for populism to deal with this argument, because it suffices to say that the criterion of 'not appointing judges by politicians' is not included in the set of criteria that make up the concept of the rule of law, or that the element of appointing judges by politicians is a component of some source situations in which this concept has been applied so far.

In order to show the manipulative nature of the populist narrative, it is necessary to apply the paradigmatic model as a whole, in particular, the distinction between the 'tip

of the iceberg' and the 'background', as well as the use of an externalist and functional approach that analyses the impact of the concept on external reality. For example, if we consider the functioning of judicial institutions that are institutionally separate from the legislature and the executive as the elements of the 'tip of the iceberg', i.e. the most typical features of the rule of law, then the state of the rule of law in Poland and Hungary meets this condition. At the same time, if the only allegation is that politicians have an influence on the appointment of judges in these two countries, it will not be a sufficient argument to conclude that the application of the term 'rule of law' to the situation in these countries was impossible. This is due to the fact that, as mentioned before, there are examples of countries where such appointments take place and this situation does not call into question the state of the rule of law.

Hence, in order to evaluate the possibility or impossibility of applying the concept of the rule of law, it is necessary to comprehensively compare the source situations with the target situations, notably in terms of the characteristics of the 'background'. A characteristic feature of the situation we encounter in Poland is that the vast majority of judges strongly oppose the actions of the legislature and the executive against the courts, while this type of behaviour does not take place in other countries, including those in which politicians are involved in the appointment of judges. Can this element of the present situation be relevant to the assessment of whether there is rule of law in Poland?

This can be so only if we consider that the subject of comparison is not the individual features of the situation, but its overall character. A closer look reveals that the resistance of judges to the intervention of the legislature and the executive in the independence of courts (and thus in the rule of law) is caused by other features of the target situation, including: the fact of attacking judges for their sentences, mobbing judges and prosecutors, removing judges from pending cases, using disciplinary proceedings to influence the content of judgements, etc. These features of the target situation (i.e. the situation that takes place in Poland) differ from the source situations and at the same time this difference is noticeable only after comparing the background features. Additionally, the situation in Poland has elements of hollowing out of institutions, i.e. depriving them of their functions by appointing office holders faithful to politicians who cause the institution to cease its function.⁷² What is more, the presence of these features means that the comprehensively assessed target situation differs significantly from the source situations, and thus does not allow the concept of the rule of law to be related to the target situation. In addition, according to Millikan's theory, the application of the concept of the rule of law to a situation that is fundamentally different from the previous situations that are part of the lineage, causes the concept to lose its proper function. Indeed, just as calling something inedible – 'edible' – wrecks the proper function of the term 'edible' (which is marking fragments of reality that can be eaten without harm to the health of the organism), then, likewise, calling 'the rule of law' something that is not lawful (because it is not relevantly similar to the previous situations of application of this concept) loses the proper function of the term 'rule of law'.

⁷² K. Scheppele, *Autocratic Realism*, "University of Chicago Law Review" 2018, vol. 85, Iss. 2, Article 2, p. 577.

The above considerations, although focused on semantics and the way of understanding concepts, are not detached from the real problems of the rule of law. An analysis of the writings of such authors as, for example, Martin Krygier, allows us to state that they distinguish two approaches to the issue of the rule of law, which, in a sense, seem to correspond to the distinction between the criterial and the paradigmatic approach, which – in particular, from Millikan’s point of view – has the character of teleological, and thus assumes that the essence of phenomena such as the rule of law is not determined by their form, but rather by their function, which is understood as goal orientation (*telos*). As Krygier indicates, the latter, teleological approach is more appropriate and cannot be replaced by an approach based on a set of necessary and sufficient criteria:

The proper manner to approach the rule of law is not to propose, as lawyers usually do, a list of the features of laws and legal institutions that are purportedly necessary, if not sufficient, for the rule of law to exist; let me call it the anatomical approach. Rather, we should start with teleology and end with sociology. That is, I propose that we start with the question of why we need the rule of law, by which I mean not the external goals that it can serve, such as economic growth or democracy, but something like its *telos*, sense of the enterprise, internal objectives that are immanent for this concept.⁷³

The above argumentation confirms that in considering the rule of law, it is necessary to move from a criterial analysis, to an analysis of the function performed by elements of the phenomenon that we call ‘the rule of law’. To make this possible, it is justified to depart from the Frageian approach to concepts in favour of the approach proposed, *inter alia*, by R.G. Millikan, and based on the analysis of how our concepts affect reality and what function they play in relation to it.

8. Rule of law – definition or tradition?

In the light of the previously cited considerations on the concepts of Millikan and Re-canati, it is interesting that Lacey considers ‘convention-trashing’ to be one of the basic tools of populism and the impact on the exercise of discretionary power by judges, which has a particular influence on the exercise of its functions by law.⁷⁴ The very phenomenon of convention-trashing, which particularly threatens the rule of law, is presented by Lacey as an attack on this sphere of public life, called ‘constitutionalism’, which depends:

on a set of attitudes and the method of association adopted, which cannot be captured or fully enforced by rules, no matter how sophisticated they are. This means that the internalization of the normative ideals of the rule of law by those who are in power is the key to their

⁷³ M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, [in:] *Re-locating the Rule of Law*, ed. G. Palombella and N. Walker, Hart Publishers, Oxford, 2008.

⁷⁴ N. Lacey, *Populism...*, pp. 15–16.

sustainability. This is particularly evident in relation to the extensive conventions that accompany the functioning of each constitution.⁷⁵

This conventional environment of institutions is under attack by populism, in that populism destroys conventions, which in turn causes them to no longer fulfil their function. Lacey provides examples of Trump's destruction of conventions; especially his disregard for long-standing conventions on conflict of interest and nepotism, and the decision to bring large parts of his family to the White House in positions of high executive power. This phenomenon of destroying conventions also occurs in Poland. As Lacey writes:

It also covers the recent events in Hungary and Poland, that while respecting the rule of law is one of the conditions for accession to the EU, continued compliance is a convention in the sense that it depends on self-limitation, and the EU has only relatively weak tools to discipline countries that eliminate crucial aspects of the rule of law, in particular the independence of the judiciary.⁷⁶

As this conventional tissue is more fragile and susceptible to violation than hard, established law, then attacking conventions is particularly dangerous for the rule of law and constitutionalism.

The fundamental thesis of this study is the claim that among the two types of thinking about legal concepts – criterial and paradigmatic – the latter shows us how to defend the stability of concepts used in the area of the state and law. Concepts understood in a criterial manner require agreement as to the criteria, and this cannot be achieved in a situation of permanent dispute fuelled by populism. At the same time, the psychological and internalist assumptions of the criterial notion of concepts enable a fairly easy process of questioning the set of criteria proposed by group X and replacing them with criteria proposed by group Y. It is also easier to hollow out concepts out of the content and turn them into *empty* or *floating signifiers*.

In the case of the paradigmatic notion of concepts, which is related to the concept of convention as lineages of repetitive behaviours that perform a specific proper function (Millikan), manipulating the content of the concepts is more difficult. Their stability is guarded by the tradition of using them and the similarity of target situations to source situations (Recanati), and the possibility of revealing that a change in the manner a concept is used, often in the form of convention-trashing (Lacey), causes the proper function to be lost. For the above reasons, any populism is in some sense based on the denial of a behavioural tradition, questioning it, and then manipulating history to justify the altered use of the concept. Since tradition upholds stability, in order to destabilize the system, tradition must be questioned. At the same time, referring to our key concepts such as the rule of law, their nature is not determined by definition but by tradition.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

This idea is not new, and its veracity is not limited to the realm of legal concepts. ‘Old Coalman’ understood it, and in the emotionally evocative ending of one of the most penetrating Polish films says:

Tradition cannot be ordered or established by a special resolution. (...) Tradition is an oak that has been growing for a thousand years. Let no one compare a little sprout with an oak! The tradition of our history is a fortified wall. (...) This is our forefather’ speech, this is our history, which one will not change. And what is being re-created around us is our daily life in which we endure.

In the light of the analyses conducted in this study, it becomes apparent that upholding the tradition that has developed linguistic conventions, above all, the refusal to destroy them, as well as applying the holistic, paradigmatic approach to our concepts form a better defence strategy against the attack of populism on the stability of the crucial law concepts – with the notion of the rule of law being at the forefront.

Bibliography

- Bowles S., Jung-Kyoo Choi, Hopfensit, A., *The Co-evolution of Individual Behaviors and Social Institutions*, “Journal of Theoretical Biology” 2003, vol. 223, pp. 135–147.
- Głowiński M., *Nowomowa po polsku [Newspeak in Polish]*, Warsaw 1990.
- Klemperer V., *LTI. Notatnik Filologa*, Kraków–Wrocław 1983.
- Krygier M., *Illiberalism and the Rule of Law* [in:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, ed. A. Sajo, R. Uitz, S. Holmes, Routledge 2021, pp. 533–553.
- Krygier M., *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*. In *Relocating the Rule of Law*, ed. G. Palombella, N. Walker, Oxford: Hart Publishing 2009, pp. 45–69.
- Lacey N., *Populism and the Rule of Law*, Working paper 28, January 2019, LSE International Inequalities Institute.
- Laclau E., *Populism: What’s in a Name?* [in:] *Populism and the mirror of democracy*, ed. F. Panizza, Verso 2005.
- Millikan R.G., *Beyond Concepts. Unicepts, Language, and Natural Information*, Oxford 2017.
- Millikan R.G., *Biosemanantics*, “Journal of Philosophy” 1989, Vol. 86, pp. 281–297.
- Millikan R.G., *A Difference of Some Consequence Between Conventions and Rules*, 27 *To-poi* 2008.
- Millikan, R.G., *Language, Thought and Other Biological Categories*, Cambridge (MA) 1984.
- Millikan, R.G. *Language: A Biological Model*, Oxford 2005.
- Orwell G., *Rok 1984 [Year 1984]*, trans. by D. Konowrocka-Sawa, W.A.B. 2021.
- Recanati F., *Literal Meaning*, Cambridge University Press 2004.
- Saussure de F., *Kurs językoznawstwa ogólnego [General Linguistics Course]*, trans. by K. Kasprzyk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
- Scheppele K., *Autocratic Realism*, “University of Chicago Law Review” 2018, vol. 85, iss. 2, article 2.
- Skyrms B., *Evolution of the Social Contract*, Cambridge 2014.
- Soames S., *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation* [in:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, ed. A. Marmor, S. Soames, OUP 2011.
- Waismann F., *Verifiability*, [in:] *Logic and Language*, ed. A. Flew, 1st series, Blackwell 1951.
- Weasel*, Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Weasel_word (dostęp 24.08.2022).
- Wouters, A.G. *Explanation Without a Cause*, “Quaestiones Infnitae XXIX”, Zeno 1999.
- Ziobro skarży mechanizm „pieniądze za praworządność”. TK opublikował wniosek, “Gazeta Wyborcza”, 15 of January 2022.

Sławomir Patyra¹

Maria Curie-Skłodowska University
ORCID ID: 0000-0002-6331-9006.

TASKS OF THE NATIONAL BAR OF ATTORNEYS-AT-LAW IN THE LIGHT OF ART. 17.1 OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

ABSTRACT

The article deals with the issue of the constitutional basis for the functioning of the National Bar of Attorneys-at-Law as set forth in Article 17 of the Basic Law. The author stresses the particular importance of bar associations functioning independently from political power, linking their constitutional attributes to the axiology of the democratic system. He infers the need to preserve the independence of the National Bar of Attorneys-at-Law from their systemic function as protectors of the freedoms and rights of individuals and as collaborators in the administration of justice. The key determinant of the place and role of bar associations in the system of law protection authorities is their constitutional status of public trust professions and the related function of protecting the public interest in the activities of the National Bar of Attorneys-at-Law. Further in the paper, the author focuses on the issue of ensuring the proper practice of the profession by the National Bar of Attorneys-at-Law, e.g., through disciplinary liability mechanisms, which in essence are supposed to guarantee politically independent, reliable, and effective legal assistance is provided by attorneys-at-law to their clients. In the last part of the publication, the author points

¹ Ph.D., Professor at Maria Curie-Skłodowska University (UMCS) in Lublin, Head of the Department of Constitutional Law and the Centre for Parliamentary Studies at the UMCS Institute of Legal Sciences, attorney-at-law, permanent associate at the Centre for Research, Studies, and Legislation of the National Bar Council of Attorneys-at-Law.

out the current threats to the constitutionally guaranteed independence of the National Bar of Attorneys-at-Law, seeing their sources in the consistent questioning of the rule of law standards by political authorities. According to the author, its manifestations include, inter alia, excessive interference by the Minister of Justice in the field of professional self-government of the attorneys-at-law and attempts by politicians of the ruling majority to question the constitutionality of the principle of mandatory membership in the National Bar of Attorneys-at-Law, which is fundamental for the independent and effective functioning of this professional association.

Keywords: professional self-government, independence, protection of public interest, rule of law

I. Introduction

The exercise of public trust professions in Poland is based on constitutional grounds. Pursuant to the provisions of Article 17.1 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997² [hereinafter referred to as the Constitution], professional self-governments may be established by statute in order to represent persons engaged in public trust professions and to ensure the proper practice of such professions within the boundaries of the public interest and for its protection. It should be noted at the outset that the cited norm has been included in the chapter of the Constitution dedicated to the main principles of the political system, which unambiguously indicates the high rank given by the legislator to the functioning of professional self-governments representing persons engaged in the practice of public trust professions.

Article 17 of the Constitution is an element of the system of public power decentralization in the form of so-called material decentralization, which consists in entrusting independent bodies or organizations, usually self-governing, with the management of certain types of affairs.³ The idea of decentralization *sensu largo* is directly related to the democratic system and the principle of national sovereignty enshrined therein (Article 4 of the Constitution). As the doctrine unanimously points out, decentralized structures are much more effective in meeting the needs of the sovereign, and it is much easier for citizens to exert influence on public authorities.⁴ The goal of professional self-government is to fulfill public tasks not performed by the state and local government, although – similarly to the tasks of local governments – the goal of public trust professions is also to meet important human needs.⁵ Unlike in the case of local self-government bodies, however, Article 17.1 of the Constitution regulates professions, the essence of which consists in the performance of professional activities towards specific individuals. At the same time, these activities involve allowing the persons performing them

² Journal of Laws No. 78, item 483, as amended.

³ See: Z. Cieślak et al., *Prawo administracyjne*, Warsaw 2002, p. 102.

⁴ See, inter alia: P. Sarnecki, *Komentarz do art. 15*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, vol. IV, ed. L. Garlicki, Warsaw 2005, p. 3.

⁵ See: P. Tuleja, *Komentarz do art. 17*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, ed. P. Tuleja, Warsaw 2019, pp. 77–78.

access to the privacy of the recipients of these services.⁶ An immanent correlate of practicing a public trust profession is trust on the part of the beneficiaries of the services. The detailed organizational and functional framework of professional self-government is shaped by the legislator. The law defines both the conditions for the practice of the profession and the guarantees of its independence in the performance of the entrusted tasks.⁷ According to the case law of the Constitutional Tribunal, “public trust” is a conglomerate of a number of factors, among which the following come to the fore: the conviction that the practitioner of the profession has exercised goodwill, proper motivations, and due professional diligence.⁸

Using the term “public trust profession”, the legislator did not specify the list of such professions in Article 17.1 of the Constitution. According to the case law of the Constitutional Tribunal, it comprises legal professions, including the profession of attorney-at-law, which implies the need to subject it to a special regulation procedure. In the democratic system, both advocates and attorneys-at-law are seen not only as persons of public trust but also as *sui generis* protectors of the rule of law and collaborators in the administration of justice.⁹ The constitutional role defined in this way immanently entails the need to guarantee the independence of this profession. Legal assistance provided by lawyers acting independently of public authorities is one of the necessary guarantees for the proper protection of subjective rights, but the construction of this specific instrument for the protection of these rights must include an appropriate level of legal knowledge and an appropriate ethical attitude from the lawyers as well as systemic guarantees of their independence. One of these guarantees is the special protection resulting from membership in a bar association.

Admission to the profession and the preceding preparation for its practicing should guarantee a high quality of professional activities, as this is required by the protection of the public interest, which is the basic premise for distinguishing this group of professions in Article 17.1. of the Constitution. Moreover, as the Tribunal has repeatedly stressed in a number of judgments, public trust professions require special protection for the recipients of services provided by the representatives of these professions, as the said services involve particular risks. Consequently, from the systemic point of view, it is necessary to adequately verify the preparation for their practicing, including the practice of the attorney-at-law profession, both from the substantive and ethical point of view, in which the professional self-government should play a leading role.¹⁰

⁶ See: P. Sarnecki, *Komentarz do art. 17*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, vol. IV, ed. L. Garlicki, Warsaw 2005, pp. 1–2.

⁷ Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 October 2010, ref. no. K 1/09.

⁸ Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 February 2004, ref. no. P 21/02.

⁹ See more: S. Patyra, *Radca prawny jako „osoba trzecia”? Refleksje na temat niezależności radcy prawnego w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości UE na kanwie połączonych spraw C-515/17 P i C-561/17 P Uniwersytet Wrocławski przeciwko Agencji Wykonawczej ds. Badań Naukowych (REA)*, [in:] *Niezależność radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warsaw 2020, p. 77.

¹⁰ The Constitutional Tribunal expressed its opinion on these issues in the following judgments: ref. no. SK 22/02 of 26 November 2003; ref. no. K 6/06 of 19 April 2006; ref. no. K 30/06 of 8 November 2006, and in the judgment ref. no. K 41/05 of 2 July 2007.

II. Axiological foundations for the functioning of the National Bar of Attorneys-at-Law

Provision of legal assistance by attorneys-at-law in Poland, as a democratic state observing the rule of law and protecting human freedoms and rights, is a fundamental element determining the legal position and individual functions of not only the attorneys-at-law themselves but also the National Bar of Attorneys-at-Law. Thus, professional self-government, as the only permissible form of organization of attorneys-at-law in their activities – is a *sui generis* element of the system of the Republic of Poland, based on the idea of the primacy of the Constitution in the system of sources of law as well as on the principle of legalism, which sets limits on the public authorities ability to act.¹¹

An equally important constitutional principle that creates the position and importance of professional self-government in the system of the Republic of Poland is the already-mentioned decentralization. Its purpose is to deetitize the public function by entrusting it to self-government associations, which thus become public authority bodies. This authority is expressed in the supervision over the proper practice of the profession within the limits of the public interest and for its protection. This formula directly refers to the constitutional assumption of perceiving the state as a “common good” within the meaning of Article 1 of the Constitution. It includes both the fulfillment of relevant statutory obligations as well as the embodiment of ethical standards derived from codes of ethics. Deontology is an indispensable factor in the functioning of public trust professions. Exercising supervision must also take into account principles of social co-existence as well as moral and customary considerations.

An important determinant of the proper functioning of professional self-government is the protection of the public interest. This formula brings the status of its members closer to that of public officials. As P. Sarnecki points out, entrusting professional self-governing associations with the protection of the public interest is an expression of the state’s trust in a given professional group and its organization. The consequence of entrusting the professional self-government with such an important function is the obligatory membership of persons practicing a given profession in its structures, which – through procedures of selecting candidates to practice the profession – should ensure its proper practice.¹² Both the concept of compulsory membership in the self-government organizations of the public trust professions, as well as the legitimacy of statutory limitations on the freedom to practice these professions, were clearly emphasized in the discussions on the final shape of Article 17 of the Constitution, held in the course of the works of the Constitutional Committee of the National Assembly.¹³

11 See: Z. Maciąg, *Samorząd zawodowy radców prawnych a wolność wykonywania zawodu*, [in:] *Ustroje. Tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, ed. P. Mikuli, J. Karp, G. Kuca, Warsaw 2015, p. 155.

12 See: J. Ciapała, *Samorzady osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, [in:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, p. 317.

13 See more: R. Chruściak, *Konstytucjonalizacja samorządów zawodów zaufania publicznego*, [in:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, p. 374 et seq.

As J. Ciapała points out, the National Bar of Attorneys-at-Law protects the public interest in many ways; by protecting individual and group interests, by influencing the process of making and applying the law, as well as by shaping a broadly understood culture of respect for the law and related democratic values.¹⁴ However, it should be remembered that tasks of the professional self-government are also tasks of its members. Membership in the professional self-government, which is guided in its activities by the ethos of respect for constitutional values, in particular the principle of a democratic state observing the rule of law, obliges attorneys-at-law to make these values a determinant of their professional activities. It is undeniable that providing high-quality services to clients is a function of protecting the public interest, as it undoubtedly enhances trust, both in the law and in persons practicing public trust professions.¹⁵

The public interest, perceived through the axiology of a democratic state observing the rule of law, cannot be associated with any political party or ideology, but only with an elementary principle underlying the rule of law: “In a state governed by the rule of law, it is law and legal norms, not political will, that take precedence in application over all other norms.” The public interest understood in this way is guarded in a democratic state by the National Bar of Attorneys-at-Law. Its functioning should meet standards stemming from constitutional axiology and be based on statutory regulations corresponding to international and European standards. Compliance with these standards should manifest itself not only in the sphere of lawmaking but also in the practice of law application by public authorities. This is natural in that the constitutional assumptions of the system, related to the functions of the National Bar of Attorneys-at-Law, generally coincide with the assumptions arising from international and European norms and standards concerning the independence of lawyers providing legal assistance and their bar associations. Normative regulations, as well as acts of applying the law by the competent bodies of the United Nations, the Council of Europe, and the European Union, confirm the general need to ensure the possibility for bar associations to independently, and thus effectively, carry out functions of representing affiliated lawyers and entrust them with the supervision over the proper practice of the profession.¹⁶

III. Systemic functions of the professional self-government

In Article 17.1. of the Constitution, the legislator defined the basic functions of professional self-governments, including the National Bar of Attorneys-at-Law. These include

¹⁴ See: J. Ciapała, *Samorządy...*, p. 321 et seq.

¹⁵ See: A. Surówka, D. Padjas, *Samorządy zawodów prawniczych – zakres pieczy oraz obowiązek przynależności do samorządu w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji*, [in:] *Samorządy w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013, p. 398.

¹⁶ Of particular relevance in this regard are documents such as “Basic Principles on the Role of Lawyers” adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (Havana, 27 August – 7 September 1990); Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Freedom of the Legal Profession of 2000; “Rule of Law Checklist” adopted on 12 March 2016 by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission); European Parliament Resolution of 23 March 2006 on the Legal Profession and the General Interest in the Functioning of the Legal System.

representing attorneys-at-law and exercising supervision over the proper practicing of their profession.

Representing lawyers practicing an independent profession is one of the primary functions of the National Bar of Attorneys-at-Law. It should be understood as broadly as possible and refer to any activities of the National Bar of Attorneys-at-Law and its bodies, which are primarily aimed at ensuring a proper level of provision of legal assistance by independent lawyers. Representation can and should include relations with public authorities, citizens, civil society organizations as well as international organizations and institutions.¹⁷

As regards the second function of the professional self-government, mentioned *expressis verbis* in Article 17.1 of the Constitution, one should begin by stating that the fundamental purpose of self-government is not only to ensure the independence of individual lawyers providing legal assistance but also to guarantee a substantively and ethically appropriate level of the assistance they provide. In the light of Article 17.1 of the Constitution, there is no doubt that the need to ensure proper supervision over practicing the profession of attorney-at-law within the limits of the public interest, and for its protection, was the basic premise for the establishment of the National Bar of Attorneys-at-Law. Similar to other bar associations, the activity of the National Bar of Attorneys-at-Law is an important guarantee of the reliable and proper practice of the profession by its members, ensuring the required quality of legal assistance is provided.¹⁸ At the same time, it should be stressed that the supervision over the exercise of a profession is a constitutional value, hence it cannot be subject to restrictions by political authorities. Just as the essence of the activity of an attorney-at-law as a collaborator in the administration of justice is independence, so the National Bar of Attorneys-at-Law must also be independent and autonomous in carrying out its constitutional and statutory tasks. Its independence is a key determinant of the exercised “supervision” also because it does not boil down to merely overseeing the legality of the actions taken by members of the association. It also includes “soft” elements such as adherence to rules of social co-existence, ethical and moral standards as well as good manners by attorneys-at-law.¹⁹ Therefore, assessment of the respect for the indicated values is based on the principles of professional deontology, and these are shaped directly by the National Bar of Attorneys-at-Law.

“Supervision” over the proper practice of public trust professions is treated in this way also by the Constitutional Tribunal, which in its case law draws attention to a close connection between the shaping of high professional standards by self-governing bodies that act independently from political authorities and the protection of the public interest.²⁰ Referring to the concept of “supervision” exercised “within the limits of the public interest and for its protection”, the Constitutional Tribunal explained that its aim

¹⁷ See: M. Szydło, *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [in:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, Warsaw 2016.

¹⁸ See: W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warsaw 2012, p. 22 et seq.

¹⁹ See: J. Ciapała, *Samorządy...*, p. 325.

²⁰ See, for instance: judgment ref. no. K 37/00 of 22 May 2001 and judgment ref. no. K 20/08 of 14 December 2010.

is to maintain the proper quality, in both a substantive and legal sense, of the activities comprising the “practicing of the professions”, which should lead to their proper performance. It also pointed out that “the supervision exercised by the self-governments of the public trust professions over their proper practicing has the character of public authority activity, and the mere fact of entrusting it to the professional self-government ‘does not change the essentially public nature of this function’.”²¹ Article 17.1 of the Constitution defines both the framework of the supervision exercised by professional self-governments and its direction. This framework is determined by the public interest, and the supervision is to protect this interest. Any action by professional self-government in the “exercise of the supervision” is, therefore, subject to a constitutionally directed evaluation, made from the point of view of the public interest and aiming at its protection. A constitutional approach to the requirement of acting “within the limits of the public interest and for its protection” leaves no doubt as to the priority of the public interest within the framework of the supervision exercised by the professional self-government.²² As the Constitutional Tribunal rightly emphasizes, it takes precedence over the particular interests of a given professional self-government.²³

Delegating supervision over the proper practice of the profession to the National Bar of Attorneys-at-Law leads, in consequence, to the conclusion that the bodies of the National Bar of Attorneys-at-Law must exert influence on the shaping of the principles of practicing the profession within the boundaries of other constitutional values, which, in turn, implies the necessity to create legal mechanisms that will actually guarantee that influence. In the light of the doctrine, specific tasks and competences of the professional self-government in this respect should include, in particular, deciding, or at least co-deciding, whether an attorney-at-law should be permitted to practice, exerting influence on the professional training of attorneys-at-law and trainee attorneys-at-law, establishing ethical principles of the profession as well as enforcing disciplinary liability.²⁴ This position also coincides with the established case law of the Constitutional Tribunal. It shows that regulations governing recruitment to public trust professions should meet the requirement of consistency and the preserved influence of the professional self-government on this aspect of the proper practice of the profession. In the model of preparing for and practicing of the regulated legal professions adopted by the Polish legislator, it is desirable that the entire course of the traineeship be under the supervision of the self-governing bodies, the aim and effect of which is to ensure the proper practice of the profession. An element of this supervision is a significant impact on both the training process of future lawyers and the final examinations which end that process.²⁵ In a judgment

21 See: judgment ref. no. P 21/02 of 18 February 2004. See also: P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny. Zeszyty naukowe” 2002, no. 4–5, p. 27 and T. Niedziński, *Nadzór sądów i Ministra Sprawiedliwości nad postępowaniem dyscyplinarnym wobec radców prawnych*, „Przełęcz Prawa i Administracji” 2020, no. CXXIII, p. 293.

22 M. Szydło, *Komentarz do art. 17...*, Legalis.

23 See: judgment cited in reference 21.

24 See: W. Mojski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, „Radca Prawny. Zeszyty naukowe” 2018, no. 4, p. 25–36.

25 Judgment of 19 April 2006, ref. no. K 6/06.

directly referring to the competences of the National Bar of Attorneys-at-Law, the Tribunal explicitly stated that the attorney-at-law's traineeship is the basic form of professional preparation to take up and practice the profession of an attorney-at-law. Within its framework, trainee attorneys-at-law undergo not only theoretical training but also improve their practical skills. In particular, they also undertake activities falling within the scope of legal representation before courts and other bodies.²⁶ At the same time, the Constitutional Tribunal reaffirmed its earlier view that the exclusion of any influence exerted by the National Bar of Attorneys-at-Law on the determination of rules governing professional examinations prevents that bar association from fulfilling, to a significant extent, its constitutional obligation laid down in Article 17.1 of the Constitution.

Thus, in light of the cited views, there can be no doubt about the need to guarantee the National Bar of Attorneys-at-Law the possibility of exerting influence not only on the course of the attorney-at-law's traineeship but also on the scope and content of professional exams, which is intended to ensure the proper level of legal assistance provided by individual persons admitted to the profession. Specific competences of the National Bar of Attorneys-at-Law with regard to organizing and conducting the traineeship are, therefore, necessary for the implementation of the directive expressed in Article 17 of the Constitution, due to the fact that this process directly prepares trainee attorneys-at-law to practice a public trust profession. If therefore, the professional self-government is supposed to supervise the proper practicing of the attorney-at-law's profession, then it is a logical consequence that it should also supervise the proper preparation of persons applying for its future practicing.

In the aspect related to the organization and conduct of attorneys-at-law's traineeship, the Act on Attorneys-at-Law²⁷ [hereinafter referred to as the AAL] implements provisions of Article 17.1 of the Constitution regarding supervision over the proper practice of the profession of attorney-at-law. Of fundamental importance for the implementation of the constitutional directive contained in Article 17 is the provision of Article 38.1 of the above-mentioned Act, according to which the attorney-at-law's traineeship is organized and conducted by regional bar associations of attorneys-at-law. In this respect, the National Bar of Attorneys-at-Law enjoys far-reaching independence. It is solely responsible for shaping the traineeship program as well as organizing its course.²⁸

IV. Disciplinary liability of attorneys-at-law as a constitutional value

The tasks of professional self-government set forth in Article 17.1. of the Constitution, in particular, the duty to exercise supervision over the proper practice of the profession, are immanently linked with the possibility of the professional self-government to

²⁶ Judgment of 8 November 2006, ref. no. K 30/06.

²⁷ Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 75, as amended.

²⁸ *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, ed. T. Scheffler, 2018, Legalis.

enforce disciplinary liability against its members. Supervision over the proper practice of a public trust profession, including the profession of attorney-at-law, is aimed not only at protecting persons practicing a given profession but also at eliminating and condemning attitudes of the members of a professional association which undermine this trust. Taking care of the public interest, even at the expense of the interests of the association, is an important element of building public confidence in persons practicing legal professions. Indeed, building a culture of trust and strengthening social approval is an essential factor in the effective implementation of the tasks of all public trust professions.²⁹ On an individual level, building this trust is primarily about the relations between attorneys-at-law and their clients.³⁰ In general, though, it includes actions taken by the professional self-government – both in the broadly understood public space as well as in the sphere of internal functioning, e.g., by drawing disciplinary consequences against those members of the professional association who in their activities are not guided by the legal and ethical values underlying the establishment of the professional self-government. The importance of trust in the attorney-at-law – client relationship has not only a theoretical and legal dimension but is also reflected in the practice of the law application, particularly as regards the jurisprudence of the National Bar of Attorneys-at-Law disciplinary courts, which stresses the duty to build and maintain public confidence in the profession of attorney-at-law.³¹

At the same time, it should be emphasized that the public image of an attorney-at-law is also significantly affected by his/her function as a collaborator in the administration of justice. This means that efficiency in handling clients' cases is not the only determinant of their professional quality. An equally important factor creating the perception of a member of the National Bar of Attorneys-at-Law is his/her activity taken for the common good within the meaning of Article 1 of the Constitution. This, in turn, means that in order to shape positive patterns of legal culture, the attorney-at-law as a person of public trust and a “servant in the administration of justice” should unequivocally advocate constitutional values which create a system of justice for the benefit of all citizens, rather than making it merely an instrument of ad hoc political goals and benefits. Justice, as an intrinsically universal phenomenon, cannot serve particular ends and, therefore, cannot be an instrument of discrimination, either positive or negative, against any person or social group.

For these reasons, bodies of professional self-government must enjoy a guaranteed influence on shaping the principles of the disciplinary liability of attorneys-at-law and trainee attorneys-at-law as well as on its enforcement in specific cases, which in turn implies a systemic need to create an effective system of self-government disciplinary proceedings. The very essence of the self-government principle means that it should be internal in nature, as it is based on the assumption of organizational autonomy of

²⁹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 2 July 2007, ref. no. K 41/05.

³⁰ See: D. Seroka, *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [in:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, Warsaw 2018, p. 159.

³¹ For instance, judgment of the Higher Disciplinary Court of 14 March 2016, ref. no. WO-95/15.

the National Bar of Attorneys-at-Law, derived directly from the provisions of the AAL and indirectly from Article 17.1 of the Constitution. Disciplinary jurisdiction is also immanently lined with the ethos of the attorney-at-law's profession, in particular its independence.

The obligation to create a specific regime of disciplinary liability, which takes into account the necessary scope of the self-government autonomy, lies with the legislator.³² This means that, from the point of view of constitutional values, it is not allowable to abolish the autonomous system of self-government disciplinary responsibility, which does not mean, however, that it cannot be subject to control by state authorities. A democratic state has the right to interfere in the legally shaped sphere of independence of the bar associations of lawyers providing legal assistance, but this interference must be proportional and must not violate the very essence of self-governmental independence as well as the independence of individual lawyers. As a result, it is possible only if it serves the protection of other constitutional values of a democratic state of law, and first of all, to guarantee an appropriate level of legal assistance is provided to individuals. The protection understood in this way does not, therefore, exclude the exercise of supervision over the National Bar of Attorneys-at-Law by state authorities, including the Minister of Justice, however, such supervision is permitted only within the limits set forth by law. As J. Ciapała rightly points out, the supervisory authority may not undertake activities aimed at legal or actual takeover by a state authority of certain tasks or powers of the professional self-government bodies.³³

V. Interference of political authorities as a threat to the independence of the professional self-government – some conclusions to finish with

Pursuant to Article 5.3 of the AAL, the Minister of Justice exercises supervision over activities of the professional self-government to the extent and in the forms laid down in the Act. As a matter of fact, supervisory competences are limited solely to the verification of the actions taken by professional self-government bodies, and they cannot modify their tasks and competences as defined by law.³⁴ When referring to the current statutory regulation, one should draw attention to the particularly extensive competencies of the Minister of Justice regarding an exceptionally sensitive sphere of the National Bar of Attorneys-at-Law operation, that is disciplinary proceedings. The Minister has the power, inter alia, to order institution of disciplinary proceedings, which raises doubts in the context of the principle of independence and autonomy of the professional self-government.³⁵ Furthermore, both the Minister and persons authorized by the Minister have

³² See: W. Bujko, *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. A. Bereza, Warsaw 2015, pp. 491–492.

³³ See: J. Ciapała, *Samorządy...*, p. 347.

³⁴ See: judgment of the Constitutional Tribunal of 1 December 2009, ref. no. K 4/08.

³⁵ See: T. Niedziński, *Nadzór...*, p. 94.

the right to inspect the proceedings at any stage, and disciplinary courts are required to immediately submit to the Minister copies of every final disciplinary decision. Undoubtedly, in the light of the disposition contained in Article 5.3 of the AAL, the power of the Minister of Justice to initiate disciplinary proceedings against an attorney-at-law seems to exceed the boundaries of the supervision set out in this provision. The order to initiate proceedings as an action taken with a view to determine whether there are grounds for submitting a motion to the disciplinary court to institute disciplinary proceedings, or referring a motion for punishing an attorney-at-law to the dean of the competent regional bar association, or to discontinue the proceedings, definitely goes beyond the sphere of verification of the professional self-government decision-making process, which is the *clue* of the supervisory competencies of the Minister of Justice. An activity that initiates the decision-making process cannot be used to verify the decision-making process itself.

When assessing the supervisory competences of the Minister of Justice over the National Bar of Attorneys-at-Law, one cannot ignore the issue of the combined functions of the Minister and the Prosecutor General, as decreed in the Act of 28 January 2016 – Law on the public prosecutor’s office³⁶ as well as the resulting *modus operandi* of the system of justice. The above-mentioned Act has turned the Minister of Justice and Prosecutor General into a virtually omnipotent body that not only directs, controls, and coordinates activities of the prosecutors’ offices but also decides about individual procedural actions to be taken in specific cases, and even has the power to take these actions himself. The law granted the Minister of Justice status of *sui generis* “super prosecutor”. As the supreme body of the public prosecutor’s service, he also gained the procedural rights of a public prosecutor conducting proceedings at the level of district or regional prosecutor’s offices.³⁷ This formula weakened the relatively fragile construction of prosecutorial independence, as proved by numerous cases of “manual” political control of the prosecutor’s offices, both in terms of the personal composition and in the area of conducting prosecution proceedings, which affects performance by this body of its primary function, namely, to uphold the rule of law. From the perspective of the operation of the independent National Bar of Attorneys-at-Law, the merger of the Minister of Justice and the Prosecutor General functions, and in particular the way it has been implemented in practice, implies serious risks. The Minister of Justice, as the supervisory authority over the National Bar of Advocates and the National Bar of Attorneys-at-Law as well as the initiator of disciplinary proceedings against representatives of these legal professionals, is also their natural litigation opponent in criminal proceedings. This clearly violates the principle of a *fair trial*, which is one of the indispensable components of the right to a trial within the meaning of Article 45.1 of the Constitution. In a situation of progressive politicization of the prosecutor’s office, the systemic supervision of the Minister of

³⁶ Consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 66, as amended.

³⁷ For more on this see: S. Patyra, *Nowe czasy – stare błędy. Refleksje na temat skutków łączenia funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości na gruncie ustawy z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze*, [in:] *Idea wolności niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Halinie Ziębie-Zaluckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, ed. M. Grzesik-Kulesza, G. Pastuszko, Rzeszów 2017, p. 371.

Justice – Prosecutor General, over the National Bar of Attorneys-at-Law restricts its independent functioning and its supervision over the proper practicing of the profession in the name of protecting the public interest.

The scale of threats to the functioning of the National Bar of Attorneys-at-Law according to the standard set by Article 17.1 of the Constitution is clearly demonstrated by the latest initiative of a group of deputies to the Sejm of the 9th term, aimed at challenging the compliance of Article 49.1 and 49.3 of the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law with Article 17.1 of the Constitution. It has been expressed in the motion submitted to the Constitutional Tribunal on 22 April 2022 (ref. no. K 6/22). The allegation of the unconstitutionality of the quoted provisions of the Act formulated therein is based entirely on their alleged content (material) incompatibility with the independently specified model of constitutional control, i.e., Article 17.1 of the Constitution of the Republic of Poland. Article 49.1 and 49.3 of the Act on Attorneys-at-Law provide that: “Attorneys-at-law and trainee attorneys-at-law residing within a given region shall form a regional bar association of attorneys-at-law” and that: “The resolution on the establishment and the area of operation of the regional bar association of attorneys-at-law is adopted by the National Bar Council of Attorneys-at-Law, taking into account the basic territorial division of the state.” The applicants argue that:

The essence of both objections contained in the present motion is the assertion that the legislator, when determining the shape of the professional bar associations of advocates and attorneys-at-law, unreasonably adopted only the territorial criterion for the establishment of individual units of these associations. Furthermore, the legislator gave the bar associations of advocates and attorneys-at-law the competence to determine the shape of their territorial structures and, at the same time, based a given advocate’s or attorneys-at-law’s membership in a given self-government unit on the sole criterion of the advocate’s or attorneys-at-law’s professional seat or place of residence, respectively. Thus, the solutions adopted by the legislator exceed the scope of legislative freedom set by the system legislator as to the possibility of shaping the system of professional self-government and the requirement of its statutory regulation.

This allegation is entirely unfounded. Neither the literal wording of Article 17.1 of the Constitution nor the normative content of this provision as determined by the case law of the Constitutional Tribunal to date implies any restriction imposed on the legislator with regard to the criteria for establishing organizational units of the National Bar of Attorneys-at-Law. The cited provision grants the legislator wide regulatory discretion, both as regards the decision to establish, by way of a statute, a professional self-government representing persons exercising public trust professions, as well as determination of the systemic shape of the professional self-government established by way of a statute. It cannot be argued that the legislator, when establishing a professional self-government, cannot adopt a solely territorial criterion for the formation of its units. Such an assertion directly contradicts one of the basic legal reasonings: *a maiori ad minus* (“if more is allowed, so much the less is allowed”). If the Constitution grants the legislator the freedom to decide on the establishment of a professional self-government as such, so it grants it even more freedom to determine its shape, including the adoption of the territorial

criterion as the sole criterion for the creation of its units. The above finding is also supported by the case law of the Constitutional Tribunal. The Court emphasized, quote, “the far-reaching freedom of the legislator to decide on the establishment of a professional self-government, which is apparent from the use in this provision of the phrase *professional self-government may be established by way of a statute*.”³⁸ It is, therefore, a sovereign decision of the legislator, and the Constitution does not formulate a right to the professional self-government.”

The limited space of this paper does not allow for a detailed analysis of the argumentation contained in the cited motion. However, it is hard to resist the impression that the initiative of deputies of the so-called “United Right”, including members of the party headed by the current Minister of Justice, only seemingly serves to protect constitutional values and the freedoms and rights indicated in the motion. In fact, however, it seeks to produce an unconstitutional result in the form of undermining the principle of independent functioning of the National Bar of Attorneys-at-Law resulting from Article 17.1 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997.

³⁸ Judgment of the Constitutional Tribunal of 30 November 2011, ref. no. K 1/10.

Bibliography

Literature

- Bujko W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [in:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, ed. A. Bereza, Warsaw 2015.
- Chruściak R., *Konstytucjonalizacja samorządów zawodów zaufania publicznego*, [in:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.
- Ciapała J., *Samorzady osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, [in:] *Samorzady w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.
- Cieślak Z. et al., *Prawo administracyjne*, Warsaw 2002.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warsaw 2012.
- Maciąg Z., *Samorząd zawodowy radców prawnych a wolność wykonywania zawodu*, [in:] *Ustroje. Tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr. hab. Marianowi Grzybowskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, ed. P. Mikuli, J. Karp, G. Kuca, Warsaw 2015.
- Mojski W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych. Wybrane aspekty konstytucyjne i międzynarodowe*, "Radca Prawny. Zeszyty naukowe" 2018, no. 4(17).
- Niedziński T., *Nadzór sądów i Ministra Sprawiedliwości nad postępowaniem dyscyplinarnym wobec radców prawnych*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2020, No. CXXIII.
- Patyra S., *Nowe czasy – stare błędy. Refleksje na temat skutków łączenia funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości na gruncie ustawy z 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze*, [in:] *Idea wolności niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Halinie Ziębie-Załuckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, ed. M. Grzesik-Kulesza, G. Pastuszko, Rzeszów 2017.
- Patyra S., *Radca prawny jako „osoba trzecia”? Refleksje na temat niezależności radcy prawnego w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości UE na kanwie połączonych spraw C-515/17 P i C-561/17 P Uniwersytet Wrocławski przeciwko Agencji Wykonawczej ds. Badań Naukowych (REA)*, [in:] *Niezależność radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warsaw 2020.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 15*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, vol. IV*, ed. L. Garlicki, Warsaw 2005.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 17*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, vol. IV*, ed. L. Garlicki, Warsaw 2005.
- Sarnecki P., *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny. Zeszyty naukowe” 2002, no. 4–5.
- Seroka D., *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [in:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, Warsaw 2018.
- Surówka A., Padjas D., *Samorzady zawodów prawniczych – zakres pieczy oraz obowiązki przynależności do samorządu w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji*, [in:] *Samorzady*

w *Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, ed. Z. Witkowski, A. Bień-Kacała, Toruń 2013.

Szydło M., *Komentarz do art. 17 Konstytucji RP*, [in:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, Warsaw 2016.

Tuleja P., *Komentarz do art. 17*, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, ed. P. Tuleja, Warsaw 2019.

Ustawa o radcach prawnych. Komentarz, ed. T. Scheffler, Legalis.

Legal acts

Act of 28 January 2016 – Law on the public prosecutor’s office, consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 66, as amended.

Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 75, as amended.

Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws No. 78, item 483, as amended.

Judgments

Judgment of the Constitutional Tribunal of 14 December 2010, ref. no. K 20/08, OTK ZU 2010, No. 10A, item 129.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 February 2004, ref. no. P 21/02, OTK ZU 2004, No. 2A, item 9.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 October 2010, ref. no. K 1/09, OTK ZU 2010, No. 8A, item 76.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 19 April 2006, ref. no. K 6/06, OTK ZU 2006, No. 4A, item 45.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 1 December 2009, ref. no. K 4/08, OTK ZU 2009, No. 11A, item 162.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 22 May 2001, ref. no. K 37/00, OTK ZU 2001, No. 4, item 86.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 26 November 2003, ref. no. SK 22/02, OTK ZU 2004, No. 9A, item 89.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 2 July 2007, ref. no. K 41/05, OTK ZU 2007, No. 7A, item 72.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 30 November 2011, ref. no. K 1/10, OTK ZU 2011, No. 9A, item 99.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 8 November 2006, ref. no. K 30/06, OTK ZU 2006, No. 10A, item 149.

Judgment of the Higher Disciplinary Court of 14 March 2016, ref. no. WO-95/15.

Rafał Stankiewicz¹

University of Warsaw

ORCID ID: 0000-0002-3227-7771

THE MISSION OF THE SELF-GOVERNMENT OF ATTORNEYS-AT-LAW AND ITS MEMBERS

ABSTRACT

This article presents the issues of the mission of the professional self-government of legal advisers as well as the mission of legal advisers associated with the self-government. The elements defining, in fact, the mission of professional self-government, together with the mission of legal advisers, are determined by the goals set for the profession of legal adviser, being participation in the justice system and supporting a democratic state ruled by law. Art. 17 sec. 1 of the Constitution contains a regulation expressed in the obligation to harmoniously combine the many functions of the self-governments of professions of public trust. Importantly, the function of professional self-government is not only to shape the environmental interests of people performing public trust professions but also to seek to agree them with the public interest. Professional self-governments are primarily committed to the priority of implementing the public interest.

Keywords: attorney-at-law, professional self-government, mission of self-government, public interest, profession of public trust

¹ Professor in legal sciences, employee of the Department of Administrative Law and Procedure of the Administrative Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw, attorney-at-law at Warsaw Bar Association of Attorneys-at-Law in Warsaw; Deputy Dean of the District Chamber of Legal Advisers in Warsaw, supervisor Center for Research, Studies and Legislation of The National Bar Council of Attorneys-at-Law.

1. The importance of the professional self-government of attorneys-at-law in the public sphere

The Constitution of the Republic of Poland,² by providing the opportunity to establish self-governments that group people performing professions of public trust, assigns them a particular mission. This seemingly lofty word has its undeniable value, most notably nowadays in the age of so many violations of the rule of law. The normative value of such a solution is to form the basis for the implementation of the state organization, based on the decentralization of the performance of public tasks, which also covers delegating these tasks to be performed for the benefit of certain professional groups. These self-governments are, therefore, an emanation of the principles which constitute the foundation of the constitutional system of the Republic of Poland, i.e., subsidiarity, self-governance, and proportionality.

The self-governments of public trust professions representing legal professions predominantly care about ensuring the legal security of citizens, entrepreneurs, and other entities. They exercise all the competences assigned to them by law in this respect. This should be the guidance for every activity, every action of its representatives and individual members. When performing their tasks, professional self-governments conduct their activity in order to implement, and within the boundaries of, the public interest. This results directly from Art. 17 sec. 1 of the Constitution of the Republic of Poland. As per this provision, professional self-governments may be formed by way of legislation, and be represented by persons performing professions of public trust and supervising the proper performance of these professions within the limits of the public interest and for its protection. Exercising custody over the due performance of the profession of an attorney-at-law is related to the theoretically distinguished function of the impact of local government on the provision of legal aid by individual attorneys-at-law, the constitutional limits of which are both set by the “public interest” and its protection. The concept of “public interest”, in a broad sense, essentially corresponds to the notion of “common good” originating from Art. 2 of the Constitution as well as, importantly, the constitutional values listed in Art. 31 sec. 3 of the Basic Law. Enabling the professional self-government of attorneys-at-law (and their bodies) to “supervise the proper performance of the profession” consequently leads to the conclusion that the bodies of the self-government of attorneys-at-law must have an influence on shaping the rules of practising the profession within the limits of other constitutional values, which in turn means the need to create legal mechanisms that secure this local government influence. In the doctrine, the specific tasks and competences of the professional self-government in this context cover, in particular, deciding, or at least co-deciding, on admission to the profession of attorney-at-law, and influence on the professional education of attorneys-at-law as well as trainee attorneys.³

² Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Dz.U. No. 78, item. 483 as amended.

³ See M. Szydło, *Commentary on Art. 17 of the Polish Constitution*, [in:] *The Constitution of the Republic of Poland. Comment*, ed. L. Bosek, M. Safjan, Legalis; W. Mojski, *Disciplinary liability of attorneys-at-law. Selected constitutional and international aspects*, “Radca prawny. Zeszyty naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2018, Vol. 4(17), p. 25–36.

Art. 17 sec. 1 of the Constitution contains a legal normalization expressed in the obligation to harmoniously link many functions of the self-governments of public trust professions. Importantly, the professional self-government exists not only – and perhaps primarily not only – to shape the environmental interests of people exercising professions of public trust but also to try to reconcile them with the public interest. Principally, professional self-governments consider implementing the public interest as the highest priority.⁴

Undoubtedly, the notion of public interest – as it is changeable over time owing to the dynamics of socio-economic or political processes – requires constant redefinition. Nevertheless, there is no doubt that in each case, the implementation of the principle of a democratic state ruled by law and the common good of citizens should guide all of us (public authorities and professional self-governments) in implementing this interest. It is advisable here to express the conviction that each of these entities will undertake convergent actions aimed at the most effective protection of this interest. It seems that this will largely depend on providing self-governments associating professions of public trust with the possibility of the independent exercise of the assigned competences, which should take into account the mechanism of decentralization of the public tasks' implementation adopted in the Constitution. This chiefly applies to the competence to perform disciplinary jurisdiction, or also to trainee attorneys-at-law.

The self-governments of public trust professions representing legal professions predominantly care about ensuring the legal security of citizens, entrepreneurs, and other entities. In this area, they exercise all the competences assigned by law, and this should underpin each activity, each action, of its representatives and individual members. We should require the legislative authority to enact regulations that will extend access to justice, and in the case of attorneys-at-law, will guarantee independence in the provision of legal assistance. Hopefully, the representatives of the legislative and executive authorities will perceive us as a partner in the pursuit of public tasks, including ensuring legal security and the implementation of civil rights and freedoms. Therefore, there is no doubt that the immanent objective of attorneys-at-law functioning in society as professional legal representatives is to provide legal aid based on the attribute of independence. Independence within all activities related to the sphere of providing legal assistance is a fundamental value of the attorney-at-law profession. It guarantees the protection of constitutional human and civil rights and freedoms and also serves to ensure the proper functioning of the system of justice.

For many years, the functioning of the professions of public trust has been an integral part of building a state under the rule of law. Especially the self-governments of the legal profession, including the self-government of attorneys-at-law, play a vital role in fulfilling the above objective. The participation of the professional self-government of attorneys-at-law as well as its members in public life invariably has a significant impact on the increase in the legal awareness of citizens, which is essential in the process of shaping

⁴ R. Stankiewicz, *In the name of public interest implementation. Attorney-at-law as a guarantor of the security of the individual*, [in:] *Professional self-government as a guarantor of the security of the individual*, The Senate of the Republic of Poland, the Senate Chancellery, Warsaw 2017, p. 16.

a civil society. The observed constant increase of trust in the legal assistance provided by attorneys-at-law, as well as the increasing number of them, will certainly contribute to a significant strengthening of such values as the rule of law and justice, but also to the protection of civil liberties and rights.

This year, the self-government of attorneys-at-law is celebrating the 40th anniversary of its activity. This long period of its functioning was to a large extent reflected in the construction of a democratic state of law. Attorneys-at-law and their self-government contributed to the development of the basic constitutional principles being the foundation of the system of the contemporary Polish State as well as to the protection of civil liberties and rights. Yet, a lot has changed in this respect in recent years. The values underlying the constitutional principle of separation of powers have been significantly undermined. Since 2015, we have actively participated in the fight for the rule of law. We take a firm stand against all unconstitutional legislative bills relating to the National Council of the Judiciary and the Supreme Court as well as the common judiciary system in Poland. The competences of the National Council of Legal Advisers, in this respect, are supported by the established Centre for Research, Studies, and Legislation. We hope that in the coming time, the functioning of the self-government of attorneys-at-law will have an even greater impact on the development of the values underlying the system of the Republic of Poland. What is more, we also undertake initiatives consisting of indicating in which areas of law there are problems related to the existence of regulations negatively affecting access to justice. In this regard, we will propose specific legislative solutions.

It has to be highlighted that the guaranteed – in Art. 17 of the Constitution of the Republic of Poland – functioning of public trust self-governments is reflected in the statutory regulation of, inter alia, the active participation (“cooperation”) of the self-government of attorneys-at-law in the making and application of the law (Art. 41 item 3 of the Act on Attorneys-at-Law). As rightly noticed by *T. Scheffler*, it is a “separate” task of self-government, “being a special case” of the task described in Art. 41 item 1 of the Act on Attorneys-at-Law (participation in ensuring conditions for the performance of statutory tasks of attorneys-at-law).⁵ Cooperation in shaping the law means the right of the self-government (and the corresponding obligation of public authorities) to participate in law-making processes concerning any aspect of the attorney-at-law profession (therefore, not only directly related to attorneys-at-law but also indirectly influencing the performance of the profession, e.g., by changing the judicial procedures) and the functioning of self-government.⁶ This also applies – and of this, there is no doubt – to the need to take a stand on issues related to the system of justice. The autonomy of the judiciary from the executive branch guarantees the implementation of a democratic state ruled by law and the protection of civil rights.

We call for the possibility to be able to participate in the legislative process in such a way that our voice is heard during parliamentary work. We would like to note that

⁵ T. Scheffler, *Commentary on art. 41, [in:] Act on Attorneys-at-Law. Comment*, ed. T. Scheffler, Warsaw 2018, Legalis.

⁶ *Ibidem*.

the extremely fast pace of legislative work, leading to the omission of the public consultation mode in the legislative process, has a negative impact on the quality of law-making. Therefore, regardless of the ruling political option, we declare our readiness to fully cooperate and participate in legislative work. The expertise, experience, and professionalism of our local government members may turn out to be useful and necessary for the creation of good quality law in Poland.

2. The mission of the profession

The profession of an attorney-at-law is firmly anchored in the Constitution of the Republic of Poland, with guarantees of independence. Our occupation, as we know, belongs to the category of public trust professions. Our professional activity plays a special role, mainly due to ensuring the protection of individual rights guaranteed by the provisions of Basic Law.

Although the legislator has not created a legal definition of the term “profession of public trust”, the response to the question of when we are dealing with the profession of public trust should be sought in the quite extensive achievements of the doctrine and jurisprudence.⁷ The following features of the public trust professions are indicated; first of all, special attention is drawn to the importance of matters entrusted to the professional activity of the representatives of a given profession included in the category of public trust professions – our services are used in the event of a real or even potential danger to the good of an individual of a special nature (e.g., life, health, freedom, dignity, good name). Secondly, it is considered a characteristic of such professions to entrust – under conditions of high trust – the personal and private information concerning the users of their services. Thirdly, in the process of using the information in the course of granting legal aid, such information is considered to be a professional secrecy that may not be disclosed. And finally, the fourth feature: persons possessing such secrecy are granted immunity from criminal liability for non-disclosure of information.

We, attorneys-at-law, therefore, bear a significant responsibility (no matter how lofty it sounds) for the state of a democratic country ruled by law. Many of us do not forget what a vital role we have to play, especially in these harsh times of constant undermining of the rule of law. We support public administration bodies in resolving administrative cases as well as courts in resolving disputes. We take part in the process of deciding on the implementation of the public interest and securing the subjective rights of citizens, entrepreneurs, and other organizational units.

Granting attorneys-at-law the right to professional secrecy,⁸ the use of special immunity in the course of performing professional activities, the possibility of associating

⁷ M. Szydło, *Commentary on Art. 17 of the Polish Constitution*, [in:] *The Constitution of the Republic of Poland. Comment*, ed. L. Bosek, M. Safjan, Legalis (and references indicated therein).

⁸ See in more detail a series of articles in the collective work: *Professional secrecy of an attorney-at-law*, ed. R. Stankiewicz, Warszawa 2018.

within the framework of professional self-government, the submitting of any offences related to improper performance of the profession under the professional system of disciplinary liability, guarantees the due performance of our professional activities. Such guarantees do not serve us, but rather the entities that we represent.

Owing to the above-mentioned provisions contained in Art. 17 of the Constitution of the Republic of Poland, attorneys-at-law in Poland have strongly anchored guarantees of independence and self-reliance in the performance of their profession.⁹ It is, therefore, a crucial issue to guarantee through “ordinary legislation” that professional representatives obtain the necessary attributes of independence for the provision of legal assistance. Independence within all activities related to the sphere of providing legal assistance is a fundamental value of the attorney-at-law profession. It guarantees the protection of constitutional human and civil rights and freedoms and also serves to ensure the proper functioning of the system of justice.

Pursuant to Art. 7 sec. 1 of the Ethics Code of Attorneys-at-Law, independence in the performance of the profession of an attorney-at-law is a guarantee of protection of civil rights and freedoms, a democratic state ruled by law, and the proper functioning of the system of justice. An attorney-at-law, when performing his or her professional activities, should be free from any influence resulting from personal interests, external pressure, and interference from any party, or for any reason. Instructions or suggestions expressed by anyone that limit independence, may not affect the position he or she presents in a case (Art. 7 sec. 2 of the Code).¹⁰

There is no doubt that the provision of legal assistance by attorneys-at-law is related to the observance of civil rights and freedoms (Art. 30, Article 31 sec. 1 and 2, Article 32 sec. 1 and 2, and 45 sec. 1 of the Constitution of the Republic of Poland). We not only have the right but also – and perhaps above all – the obligation to support legal protection authorities in the implementation of these rights and freedoms. Attorneys-at-law participate in the process of deciding on the implementation of the public interest and securing the subjective rights of citizens, entrepreneurs, and other organizational units. Thus, the essence of the functioning of these local governments is to act for the common good to the extent to which it can support and, principally, supplement the performance of tasks by public authorities. There are many manifestations of the activity of the self-government of attorneys-at-law and members of the self-government in the implementation of civil rights and freedoms as well as ensuring legal security for all those in need. Attorneys-at-law provide free legal assistance as part of cooperation with municipal offices and engage in actions *pro bono* that are initiated by local government bodies as well as participate in the system of developing legal education.

Legal advisers, as a professional group, are competently trained to protect the subjective rights of citizens both by providing legal assistance to them during their preparation

⁹ Cf., inter alia, R. Stankiewicz, *Independence of an attorney-at-law as a public interest protection function*, [in:] *Independence of an attorney-at-law*, ed. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020, pp. 93 et seq.

¹⁰ See in more detail in: T. Jaroszyński, *Commentary on Art. 7 of the Code of Ethics*, [in:] T. Jaroszyński, A. Sękowska, P. Skuczyński, *Ethics Code of Attorneys-at-Law. Comment*, Warszawa 2016, p. 53 et seq.

for and during court proceedings, but also by participating in all currently available alternative dispute resolution methods. In our view, the broadening of the availability of mediation institutions in many civil cases can, to a large extent, relieve the classical justice system from the deluge of cases that could in fact be resolved outside of it, with the participation of professional legal representatives. We perceive it to be justified to introduce obligatory mediation in family and guardianship cases, some economic disputes, individual disputes in the field of labour law, disputes about infringement of personal rights, or consumer disputes.

3. Expanding the competences of the professional self-government members and the catalogue of forms of professional activity

Undoubtedly, the effective provision of legal assistance by attorneys-at-law requires the existence of stable legal regulations shaping the system of performing this profession. We will consistently support such amendments to the regulations of the act on legal councils that will expand the competences of members of our professional self-government. In this respect, we suggest commencing work on such legislative changes that will expand the competences of attorneys-at-law, among others, for the preparation of certificates. The issue left for consideration is supplementing the admissible organizational forms of practising the profession with a limited liability company, reservation of the name “*Law Firm*” for the form of conducting activities by attorneys-at-law and advocates, and introducing statutory indexation of the minimum rates for the activities of attorneys-at-law (and, therefore – fees constituting the basis for awarding the costs of legal representation by courts) as well as fees for legal assistance provided by attorneys-at-law *ex officio*. In the latter respect, we are ready to present detailed proposals corresponding to the reality of economic transactions.

We consider it particularly important to initiate a discussion on extending the compulsory representation by a lawyer in court proceedings. Increasing the role of this authority is noticeable in the legal systems of many European Union countries. It is becoming a necessity also due to the dynamically changing legal status, the evolution of socio-economic relations, and the intensification of cross-border and legal transactions. Extending the compulsory representation by a lawyer is consistent both with the interests of the parties to the proceedings and the interests of the system of justice. It will ensure that the parties receive legal aid at an appropriate level, and for the system of justice, it will result in an increase in the effectiveness and efficiency of proceedings through the faster resolution of the initiated cases. The expansion of this authority is particularly important when the legislator prefers to introduce instruments signifying a departure from the model of a process based on the principle of objective truth in the direction of reinforcing the adversarial elements. The strengthening of the adversarial principle makes it necessary for the parties to actively partake in the proceedings and to take action before the court in a professional manner. This may result in a weaker position for the party appearing in the case without a professional attorney, especially in the context of

the solutions of the Code of Civil Procedure in the scope of concentration of evidence.¹¹ A uniform position of our community regarding this issue should induce the legislator to initiate talks about the future extension of the compulsory representation by a lawyer and attorney-at-law in proceedings before the common court.

4. The future of professional secrecy?

The threat to the rule of law in Poland has set new tasks for us and we are facing a unique situation that we have not had to face before. We are an element of the broadly understood system of justice.¹² Our job, a profession of public trust, entails an important responsibility and so, our duties and obligations to protect the subjective rights of all those in need are all the greater, as are the threats facing the independence of the courts and judicial independence. Professional secrecy is a particularly important attribute enabling the performance of the profession; we should encourage the actions of public authorities in order to guarantee the keeping of professional secrets obtained with our clients. This is an extremely critical factor in ensuring the correct provision of legal assistance. Violation beyond the real need for professional secrecy remains in contradiction to the essence and nature of relations resulting, for example, from the power of attorney issued in a trial (trust in the attorney who has been entrusted with the client's affairs). In recent years, a number of legal regulations have appeared that *de facto* interfere excessively with the essence of professional secrecy.

The obligation for professional secrecy set out in Art. 3 of the Act on Attorneys-at-Law cannot be separated from the purpose for which the profession of legal adviser has been created. This objective, in turn, was specified in Art. 2 of the Act on Attorneys-at-Law, which states that legal support provided by an attorney-in-law is intended to protect the legal interests of entities for which it is performed.¹³ Yet, it should be borne in mind that the overriding interest of the beneficiary of the protection granted, resulting from the purpose of legal aid, does not mean and cannot be understood as allowing the implementation of this interest in violation of the applicable legal and ethical order.¹⁴ The exercise of the profession of an attorney-at-law consisting in the provision of legal assistance and aimed at legal protection of the interests of entities for which it is performed is directly related to the protection of the public interest. Legal advisers are not only comprehensively and professionally prepared to provide legal assistance but at the same time, they are obliged to comply with the principles of professional ethics listed in the Code of

11 R. Stankiewicz, *Extension of the representation by a lawyer will speed up civil proceedings*, "Rzeczpospolita" 2018, daily newspaper of June 23, No. 144.

12 Cf. T. Scheffler, *Commentary on the Preamble*, [in:] *Code of Ethics of the Attorney-at-law. Comment*, ed. T. Scheffler, Warsaw 2016, Legalis.

13 See: Z. Cage, *Commentary on Art. 2 of the Act on Attorneys-at-Law*, [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Comment*, Warsaw 1999, p. 9.

14 See: B. Sołtys, *Commentary on Art. 2 of the Act on Attorneys-at-Law*, [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Comment*, ed. T. Scheffler, Legalis.

Ethics of the Attorney-at-law. Any violation of ethical principles is treated as a disciplinary offence equivalent to the unlawful performance of professional activities. Statutory regulations as well as internal (local government) regulations relating to the exercise of the profession to such a wide extent, guarantee the best possible and highest quality performance of professional activities by attorneys-at-law.

Professional secrecy is an imperative factor that ensures the correct provision of legal assistance. It not only serves the people using the support of legal professionals but is also an element of the proper functioning of the judiciary and the entire legal protection system in a democratic state. Professional secrecy is the responsibility of an attorney-at-law, and its observance enables them to build a relationship with the client based on trust. It should be pointed out that clients of legal advisers seeking legal assistance and protection of their interests entrust them with vital information from almost every area of their personal or professional life and have the right to expect that it is properly protected against access by third parties. The regulations referring to the obligation to keep professional secrecy can be found both in the acts regulating the performance of the profession of attorney-at-law and advocate as well as in the ethical codes adopted by both – local and national – governments. Professional secrecy covers everything that the attorney-at-law learns in connection with the provision of legal aid. We should bear in mind that the professional self-government of attorneys-at-law is liable for ensuring that professional secrecy is observed by legal advisers, and the fulfilment of this obligation is an element of ensuring the proper performance of the profession of a legal adviser. The duty to continually monitor the observance of legal adviser's confidentiality, and its potential violations, was included in the Guidelines of the National Convention of Attorneys-at-Law in 2016.

Bibliography

Literature

- Jaroszyński T., *Commentary on Art. 7 of the Code of Ethics*, [in:] T. Jaroszyński, A. Sękowska, P. Skuczyński, *Ethics Code of Attorneys-at-Law. Comment*, Warsaw 2016.
- Klatka Z., *Commentary on Art. 2 of Act on attorney-at-law*, [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Comment*, Warsaw 1999.
- Mojski W., *Disciplinary liability of attorneys-at-law. Selected constitutional and international aspects*, “Radca prawny. Zeszyty naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2018, Vol. 4(17).
- Scheffler T., *Commentary on art. 41* [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Comment*, ed. T. Scheffler, Warsaw 2018, Legalis.
- Sołtys B., *Commentary on Art. 2 of Act on Attorneys-at-Law*, [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Comment*, ed. T. Scheffler, Legalis.
- Stankiewicz R., *Extension of the representation by a lawyer will speed up civil proceedings*, “Rzeczpospolita” 2018, daily newspaper of June 23, No. 144.
- Stankiewicz R., *Independence of an attorney-at-law as a public interest protection function*, [in:] *Independence of an attorney-at-law*, ed. R. Stankiewicz, S. Patyra, T. Niedziński, Warszawa 2020.
- Stankiewicz R., *In the name of public interest implementation. Attorney-at-law as a guarantor of the security of the individual*, [in:] *Professional self-government as a guarantor of the security of the individual*, The Senate of the Republic of Poland, the Senate Chancellery, Warsaw 2017.
- Szydło M., *Commentary on Art. 17 of the Polish Constitution*, [in:] *The Constitution of the Republic of Poland. Comment*, ed. L. Bosek, M. Safjan, Legalis.
- Professional secrecy of an attorney-at-law*, ed. R. Stankiewicz, Warsaw 2018.

Legal Acts

Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws No. 78, item 483.

Mariusz Wieczorek¹

Kazimierz Pulaski University of Technology and Humanities in Radom
ORCID ID: 0000-0003-4727-085

THE ROLE OF ATTORNEYS-AT-LAW IN A DEMOCRATIC STATE RULED BY LAW

ABSTRACT

Attorneys-at-law, both at the individual and group level, i.e., as a professional self-government, when performing their duties and obligations arising from the provisions of law and deontological norms defining their professional status, have a role of a systemic nature to play. This role is intended to contribute to the strengthening and development of the democratic character of the Republic of Poland. A particularly important tool for carrying out this task of the National Bar of Attorneys-at-Law is the possibility to present opinions on draft legal acts, a constitutional tool which, due to the very essence of the attorney-at-law's profession, allows the National Bar of Attorneys-at-Law to present at the stage of legislative work possible threats arising from the proposed normative acts to constitutionally guaranteed civil rights and freedoms.

The systemic role of attorneys-at-law in a democratic state ruled by law can also be seen in an individual dimension, which is manifested primarily in the course of providing legal assistance (as part of the professional practice). After all, the rule of law clause cannot be deprived of its fundamental component, which is considered to be the rights and freedoms of the individual. In this concept of the rule of law, attorneys-at-law, who participate in the implementation of the rule of law by providing legal assistance, can and should be treated as its constituent.

¹ Head of Department of Private Law, Faculty of Law and Administration, Kazimierz Pulaski University of Technology and Humanities in Radom; attorney-at-law.

The systemic role to be played by attorneys-at-law individually and *in gremio*, i.e., as a professional self-government, becomes particularly important in times of crisis of the state ruled by law. The National Bar of Attorneys-at-Law, like the bar associations of other legal professions, is particularly predestined to take the floor in public debate on changes in the administration of justice that may violate the constitutional order.

Keywords: attorney-at-law, democratic state ruled by law, National Bar of Attorneys-at-Law

The rule of law never dies by itself. The henchmen of its death are always lawyers.

Supreme Court Judge, professor Włodzimierz Wróbel

Introduction

Jurisprudential considerations about the role which attorneys-at-law have to play in a democratic state ruled by law are possible only if two obvious boundary conditions are met. These include the applicable legal regulations governing the profession of attorney-at-law in a state in which the principle of a state ruled by law is a systemic rule. Thus, it should be stressed that the mere existence of legal regulations pertaining to the practice of a particular profession does not constitute a sufficient premise for considering whether persons practicing that profession have tasks to perform that would justify linking them to the principle of a democratic state ruled by law. Of key importance in this respect, therefore, is the content of regulations that shape a particular profession, and which must remain in a functional, servile relationship with the principle of a democratic state of law.²

Before proceeding any further, it is worth noting that since the principle of a democratic state ruled by law is a systemic rule, and at the same time we assume that persons practicing a given profession have a role to play that is directly or indirectly determined by the constitution, it is reasonable to conclude that these persons to a greater or lesser extent perform a constitutional function, thus, attorneys-at-law, at both the individual and group level, i.e., as a professional self-government, when performing their duties and obligations arising from the provisions of law and deontological norms defining their professional status, have a role of a systemic nature to play.

Prior to proceeding to detailed comments on the issue indicated in the title of this article, one should start by referring to Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997,³ according to which the Republic of Poland is a democratic state ruled by law, implementing the principles of social justice. It is worth noting that the principle of a democratic state ruled by law was introduced to the Polish constitutional order by the so-called

² There is no doubt that many regulated professions, i.e., those where access to which and practicing of which are determined by generally applicable regulations, are systemically or constitutionally indifferent.

³ Journal of Laws No. 78, item 483.

December amendment⁴ at the initial stage of changes in the Polish political system after the fall of communism. This was a confirmation of the adoption by the Polish legislator of the “European standard of a democratic and legal state”, which at the same time (by emphasizing democratism and legitimacy as well as integrity as the qualities of a state) opened the way to a debate on the adopted model of the state.⁵ Provisions of the Constitution currently in force in Poland, therefore, confirm that in fundamental systemic questions, the principle of a democratic state ruled by law is treated as a natural element of the system.

Without addressing the issue of understanding the state ruled by law, due to the size of the article, it should be noted, however, that it is assumed that the most important clause for the normative shape of the rule of law is the idea of limiting the arbitrary power of the state over the person and determination of the relationship between the person and the state.⁶ The rule of law clause, however, includes not only human rights and freedoms but also principles defining the way in which public authorities act.⁷ These two dimensions of the rule of law clause determine the further course of the dilatation.

The systemic role of attorneys-at-law

The profession of an attorney-at-law is one of the public trust professions set out in Article 17.1 of the Polish Constitution. The constitutional law doctrine indicates that a feature⁸ of the public trust profession is that it is practiced not for profit but in order to serve the public interest.⁹ It seems, however, that the more accurate view is that

4 Act of 29 December 1989 on amending the Constitution of the Polish People’s Republic, Journal of Laws of 1989, No. 75, item 444.

5 I. Lipowicz, *Pojęcie państwa w projektach Konstytucji RP*, „Civitas. Studia z Filozofii i Polityki” 1997, no. 1, p. 149. It is worth noting that Polish political traditions refer to the idea of the rule of law in the time of the First Republic, see for instance: J. Malec, *O rządach prawa w dawnej Polsce*, [in:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Tom 1. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowski*, ed. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014, p. 91 et seq. Henrician Articles of 1573 were of particular importance in the context of respect for the law, and the rule of law was one of the systemic principles in the Constitution of 3 May 1791. See also: A. Dziadzio, *Polski model „rządów prawa”, a europejska wizja „państwa prawa” z XIX w.*, [in:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, v. 1, ed. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warsaw 2012, p. 137 et seq. It is emphasized in the literature that the German concept of a legal state, as presented by K. Stern, was of particular importance for the contemporary Polish legislature. See: E. Morawski, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003.

6 P. Tuleja, *Komentarz do art. 2*, [in:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, Warsaw 2016, p. 222.

7 *Ibidem*.

8 Attempts made in the literature to reconstruct the features of a public profession based on existing public law corporations indicate that such features include: 1) provision of services in a situation of threat to goods treated as generally public goods, 2) pursuing important values and social needs, 3) receiving information about personal and even intimate life, 4) obligation to keep secrecy, 5) adhering to ethical principles, see: E. Tkaczyk, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, “Przegląd Sejmowy” 2011, No. 6, p. 67.

9 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2009, p. 117.

the public trust professions are distinguished, inter alia, by their *quasi*-missionary nature,¹⁰ i.e., not so much by the elimination of the profit motive as by distancing from the profit criterion, resulting from the fact that these professions are practiced in order to serve the public interest.¹¹

The systemic role of the professional self-governments referred to in Article 17.1 of the Constitution is determined by the structure of the Basic Law. The placement of Article 17 in the first chapter of the Constitution of the Republic of Poland entitled “The Republic” is an important interpretation indicator. The usefulness of the interpretative argument *a rubrica* has been repeatedly emphasized by the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, or the Supreme Administrative Court. There is no doubt that due to the importance of the Constitution in the legal system, systemic interpretation takes on particular significance in the course of interpreting its provisions. Thus, it should be assumed that professional self-governments, including the National Bar of Attorneys-at-Law, are one of the institutional elements of the system of the Republic of Poland.

The doctrine rightly notes that the functioning of public trust professions contributes to the strengthening and development of the democratic character of the Republic of Poland.¹² In this context, public trust professions act for the benefit of all citizens of the Republic of Poland and contribute to the observance by the Polish authorities of the principle of legalism set forth in Article 7 of the Constitution.¹³ The obvious conditions for the accuracy of this view are the fulfillment of two conditions manifested in the systemic practice. The first is appropriate, i.e., consistent with the prescribed by law model, fulfillment of tasks imposed on professional self-governments by the applicable legal regulations. In the case of professional self-governments, there is often a risk of putting the corporate interest ahead of the public one. The professional self-government may be said to have failed to fulfill its function if its activities focus on the protection of particular interests of its members, with protection of the public interest being either marginalized or completely ignored.

Another aspect of this issue is the treatment of professional self-governments by public authorities, i.e., the systemic approach of state bodies to professional self-governments. Effective performance of tasks by professional self-governments is not possible without the goodwill of relevant public authorities, manifested in the a priori treatment of professional self-governments as institutions that participate, even if their powers are of a “soft” nature, in various mechanisms of the functioning of the modern state.¹⁴

¹⁰ It is worth noting that attorneys-at-law and advocates all too often act as *pro bono* trial counsels.

¹¹ W.J. Wołpiuk, *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [in:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisji Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.*, ed. S. Legat, M. Lipińska, Senate of the Republic of Poland, Publishing House of the Senate Chancellery, Warsaw 2002, p. 22.

¹² A. Trubalski, *Samorządy zawodów zaufania publicznego na przykładzie samorządu radców prawnych. Perspektywa konstytucyjnoprawna*; “*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, No. 21, p. 225.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ In particular, it is about how to treat opinions submitted by relevant professional self-governments in the lawmaking process.

Attorneys-at-law are organized in accordance with the principles of a professional self-government (Article 5 of the Act on Attorneys-at-Law¹⁵), which is a professional self-government within the meaning of Article 17.1 of the Polish Constitution. Therefore, the constitutional functions of the National Bar of Attorneys-at-Law include representing them and exercising supervision over the proper practice of the profession. The case law of the Constitutional Tribunal indicates that by creating a professional self-government, the state entrusts a certain professional group with the performance of specific public tasks and equips it with the appropriate powers. Due to the specific nature of the entrusted public tasks, the Constitutional Court perceives professional self-government as a tool for realizing the principle of a democratic state ruled by law.¹⁶

Based on this assessment by the Constitutional Tribunal, it is worth considering which activities of the National Bar of Attorneys-at-Law taken in the performance of its tasks should be particularly linked with the systemic role of the professional self-government. It is not possible to assume, though, that each activity of the National Bar of Attorneys-at-Law related to its statutory tasks is connected with the fulfillment of its constitutional function. In my opinion,¹⁷ the tasks set forth in Article 60 point 2 of the AAL, i.e., giving opinions on draft legal acts and presenting conclusions regarding legal norms, should be considered particularly important. It is a constitutional tool that, due to the very essence of the attorney-at-law's profession, allows the National Bar of Attorneys-at-Law to present, at the stage of legislative work, possible threats arising from the proposed normative acts to constitutionally guaranteed civil rights and freedoms. These threats can manifest themselves both in procedural rules, violating, for example, the right to a defense at trial, but also in constitutional rules governing the justice system.¹⁸ These opinions (expert analyses) should be seen as one of the tools with which attorneys-at-law, as members of a professional self-government, can and should influence the shape of the adopted law. Many opinions submitted by the National Bar Council of Attorneys-at-Law (NBCAL) in the course of legislative works contain constitutional objections with regard to draft legal acts. For example, one can point out opinions drawn up in connection with the reform of the judiciary, but also with draft legal acts which, by amending procedural regulations, violated the right of an individual to a fair trial.¹⁹

15 Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 75, as amended, hereinafter referred to as the AAL.

16 Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 March 2012, K 3/10, OTK-A 2012/3/25.

17 Due to limitations resulting from the size of the article, issues relating to the supervision over the practice of the profession remain outside the scope of consideration.

18 The organizational unit that has been established in order to carry out this (inter alia) task is the Centre for Studies and Legislation, acting on the basis of § 57 of the Rules of Procedure of the National Bar of Attorneys-at-Law and its Bodies, see Resolution No. 562/X/2019 of the Presidium of the National Bar Council of Attorneys-at-Law of 10 October 2019 announcing consolidated text of the Rules of Procedure of the National Bar of Attorneys-at-Law and its Bodies. The task of submitting to the National Bar Council of Attorneys-at-Law proposals of opinions on draft legal acts evaluated by the National Council in accordance with the provisions of Article 60 point 2 of the AAL was entrusted to the Head of the Centre.

19 See opinion on the website: <https://obsil.kirp.pl/opinie-i-stanowiska/>.

The systemic role of attorneys-at-law in a democratic state ruled by law can also be seen in an individual dimension, which is manifested primarily in the course of providing legal assistance (as part of the professional practice). After all, the rule of law clause cannot be deprived of its fundamental component, which is considered to be the rights and freedoms of the individual. In this concept of the rule of law, attorneys-at-law, who participate in the implementation of the rule of law by providing legal assistance, can and should be treated as its constituent. Attorneys-at-law, in addition to the state law enforcement bodies, uphold civil liberties and rights. As a professional group, they are professionally prepared to protect the subjective rights of citizens by providing them with legal assistance in the course of preparations for court litigation and all available alternative dispute resolution methods.²⁰ If one accepts the view that the idea of restricting the arbitrary power of the state over the person and determination of the relationship between the person and the state is an element of the state ruled by law, then the role of an attorney-at-law as the “guardian” of civil liberties and rights is particularly evident in those cases in which the state is a party to the dispute.

The possibility for attorneys-at-law to practice their profession under an employment or service relationship justifies the special role to be played by attorneys-at-law employed in the public administration. One of the forms of legal assistance within the meaning of Article 6.1 of the AAL is drawing up legal opinions. Advisory legal opinions *sensu largo*, among which one can distinguish general (abstract) and problematic (specific) legal opinions,²¹ influence, or at least should influence,²² the mode of operation of the entity for which the opinion is prepared. Leaving detailed issues related to the legal status of public administration employers aside, and while making certain generalizations, it should be concluded that a significant part of these opinions is developed for the needs of public administration bodies. In the case of advisory opinions *sensu largo*, attorneys-at-law, by interpreting applicable regulations, essentially influence the practice of law application by public administration bodies, and thereby significantly affect the implementation of the principle of legalism expressed in Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland, which is an element of the rule of law.

The systemic role to be played by attorneys-at-law individually and *in gremio*, i.e., as a professional self-government, becomes particularly important in times of crisis of a state ruled by law.²³ The National Bar of Attorneys-at-Law, like bar associations of other legal professions, is particularly predestined to take the floor in the public debate on changes in the administration of justice that may violate the constitutional order. It is worth noting in this context the positions of the National Bar Council of Attorneys-at-Law of 8 April 2017, obligating the President, Vice President, and the Presidium of the National Bar Council of Attorneys-at-Law to actively participate in the public

20 R. Stankiewicz, *O istocie zawodu radcy prawnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, No. 3996, „Przełęcz Prawa i Administracji” CXXIII, Wrocław 2020, p. 264.

21 M. Król, L. Leszczyński, [in:] *Opinie prawne w praktyce*, ed. M. Król, Warsaw 2020, p. 23.

22 Of course, legal opinions are not binding, yet disregarding them would make decisions to prepare them unreasonable, *ergo* ignoring them is a flaw from the praxeological point of view.

23 J. Papp, *Prof. Andrzej Zoll: Polska już nie jest państwem prawa*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/polska-juz-nie-jest-panstwem-prawa-opinia-prof-andrzeja-zolla,502132.html>.

debate.²⁴ The National Bar Council of Attorneys-at-Law obligated the President, Vice President, and the Presidium of the NBCAL to present in this debate the NBCAL position according to which actions taken by the executive and legislative authorities towards the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, the National Council of the Judiciary, and the common courts of law raise concerns as violating the principles binding in a democratic state ruled by law. In a similar vein, on 3 October 2020, the NBCAL adopted a position on infringements of judicial independence, stressing that it is indispensable for maintaining citizens' confidence in the judiciary and calling on public authorities to cease any activities undermining judicial independence.²⁵

A crisis of the rule of law from the perspective of an individual attorney-at-law implies the need to take an appropriate attitude towards challenges posed at the time of threats to the constitutional order. One of the “dilemmas” that an attorney-at-law may face is taking part in a competition procedure conducted by the National Council of the Judiciary acting on the basis of the Act of 12 May 2011 on the National Council of the Judiciary.²⁶ The model of access to the profession of a judge in Poland makes it possible for attorneys-at-law who have long enough professional experience and meet other conditions set forth in the Act of 27 July 2001 – Law on the common court system,²⁷ to take part in competitions for vacant judge positions. However, a potential decision to participate in such a procedure, in the light of judgments of the Court of Justice of the European Union²⁸ and the European Court of Human Rights,²⁹ must be assessed negatively, though it is worth noting that participation in a competition for the vacant judge post organized by the NCJ could not have been earlier assessed differently.³⁰

Summary

The systemic role of attorneys-at-law in Poland is reflected in the provisions of the Constitution of the Republic of Poland and the Act on Attorneys-at-Law. These regulations

24 *Stanowisko KRRP w sprawie udziału samorządu radców prawnych w debacie publicznej o aktualnej sytuacji wymiaru sprawiedliwości*, <https://kirp.pl/stanowisko-krrp-sprawie-udzialu-samorzadu-radcow-prawnych-debacie-publicznej-o-aktualnej-sytuacji-wymiaru-sprawiedliwosci/>.

25 *Stanowisko KRRP z dnia 3 października 2020 r. w sprawie naruszania niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów*, <https://kirp.pl/stanowisko-krrp-z-dnia-3-pazdziernika-2020-r-w-sprawie-naruszenia-niezawislosci-sedziowskiej-i-niezaleznosci-sadow/>.

26 Consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 269.

27 Consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 2072, as amended.

28 In particular CJEU judgment of 6.10.2021 (case C-487/19 W.Ż.). More on the significance of the judgment for the status of judges appointed under the procedure involving the NCJ, see A. Grzelak, *Orzeczenia sędziów powołanych przy udziale nowej KRS – konsekwencje prawne wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 6.10.2021 r. (sprawa C-487/19 W.Ż.)*, LEX/el. 2022.

29 Judgment of the ECtHR in *Reczkowicz v. Poland* (Application no. 43447/19).

30 Cf. arguments presented in the grounds for the resolution of 23 January 2020 adopted by a panel of the combined Civil, Criminal, and Labour and Social Insurance Chambers of the Supreme Court (BSA I-4110–1/20) and in the justification of the decision of the Supreme Court of 16 September 2021 (I KZ 29/21).

establish a coherent mechanism that ideally should guarantee both individual attorneys-at-law and their professional self-government a real influence on the degree to which the constitutional principle of a democratic state ruled by law is implemented. When acting as a trial counsel, drawing up opinions for the purpose of law application by public administration bodies, or providing expert opinions in the legislative process, attorneys-at-law should bear in mind that they practice a public trust profession to which the legislator has given a special meaning going far beyond the ordinary business of making a living. Whether attorneys-at-law will contribute to the building and strengthening of a democratic state ruled by law, or whether they will become the henchmen of its death, will be determined by how faithful they will remain to the oath set forth in Article 27.1 of the AAL. Under normal circumstances, in order for attorneys-at-law to fulfill their constitutional role, it is sufficient that they carry out their professional duties with due diligence, protecting the interests of the parties referred to in Article 2 of the AAL. At the time of a constitutional crisis affecting the administration of justice, the proper exercise of their constitutional role means refraining from participation in competitions organized by the National Council of the Judiciary for vacant judge positions.

Bibliography

Literature

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2009.
- Dziadzio A., *Polski model „rządów prawa”, a europejska wizja „państwa prawa” z XIX w.*, [in:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, v. 1, ed. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warsaw 2012.
- Grzelak A., *Orzeczenia sędziów powołanych przy udziale nowej KRS – konsekwencje prawne wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 6.10.2021 r. (sprawa C-487/19 W.Ż.)*, LEX/el.
- Lipowicz I., *Pojęcie państwa w projektach Konstytucji RP*, Civitas. Studia z Filozofii i Polityki, 1997, no. 1.
- Morawski E., *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003.
- Opinie prawne w praktyce*, ed. M. Król, Warsaw 2020.
- Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Tom 1. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, ed. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014.
- Stankiewicz R., *O istocie zawodu radcy prawnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, no. 3996, “Przegląd Prawa i Administracji” CXXIII, Wrocław 2020.
- Tkaczyk E., *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, “Przegląd Sejmowy” 2011, No. 6.
- Trubalski A., *Samorzady zawodów zaufania publicznego na przykładzie samorządu radców prawnych. Perspektywa konstytucyjnoprawna*, “Studia Iuridica Lublinensia” 2014, No. 21.

Tuleja P., *Komentarz do art. 2*, [in:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, Warsaw 2016.

Wołpiuk W.J., *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [in:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisji Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r.*, ed. S. Legat, Małgorzata Lipińska]; Senate of the Republic of Poland, Warsaw: Publishing House of the Senate Chancellery, 2002.

Legal acts

Act of 12 May 2011 on the National Council of the Judiciary, consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 269.

Act of 29 December 1989 on amending the Constitution of the Polish People’s Republic, Journal of Laws of 1989, No. 75, item 444.

Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 75, as amended.

Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 Journal of Laws No. 78, item 483.

Judgments

CJEU judgment of 6 October 2021 (case C-487/19).

Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 March 2012, K 3/10, OTK-A 2012/3/25.

Judgment of the ECtHR in *Reczkowicz v. Poland* (Application no. 43447/19).

Orders of the Supreme Court of 16 September 2021. (I KZ 29/21).

Resolution of a panel of the combined Civil, Criminal, and Labour and Social Insurance Chambers of the Supreme Court of 23 January 2020 (BSA I-4110–1/20).

Tomasz Niedziński¹

University of Warsaw

ORCID ID: 0000-0002-0997-1773

PROFESSIONAL SECRECY OF ATTORNEYS-AT-LAW AND THEIR INDEPENDENCE

ABSTRACT

The goal of this article is to analyze and evaluate the phenomenon of professional secrecy of attorneys-at-law and their independence. This article is a result of the author's particular interest in the issues concerning the independence of attorneys-at-law and its limits. The essence of this publication is to illustrate the complexity of this phenomenon.

The author tried to pay special attention to situations in which the obligation to maintain professional secrecy is subject to restrictions resulting from the specific nature of particular types of proceedings – primarily criminal proceedings, but also proceedings in the field of competition protection. The author also points out the consequences that an attorney-at-law faces for violating the obligation to maintain professional secrecy.

Keywords: independence, attorney-at-law, professional secrecy, professional ethics, public trust profession

¹ Tomasz Niedziński, Ph.D., doctor of law, post-doctoral fellow, attorney-at-law, researcher and lecturer at the Faculty of Political Science and International Studies of the University of Warsaw, former District Disciplinary Ombudsman in Warsaw, former Chief Disciplinary Ombudsman, managing partner in the law firm Kancelaria Tomasz Niedziński i Wspólnicy. Email: tomasz.niedzinski@niedzinski.pl.

1. Nature of the independence of attorneys-at-law

An attorney-at-law is a legal practitioner who provides legal assistance and in the course of his/her professional activity provides legal advice and consultation, prepares legal opinions, and appears before courts and other authorities as an agent or defender. The activities of an attorney-at-law are designed to protect the interests of those for whom they are carried out.

The profession of attorney-at-law can be practiced by persons who have met the requirements set forth in detail in the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law,² i.e., first and foremost by a person who has graduated from a higher legal education institution in the Republic of Poland and holds a master's degree or a foreign degree recognized in Poland, enjoys full public rights, has full capacity to perform acts in law, has completed training for attorneys-at-law in the Republic of Poland, and passed the exam for attorneys-at-law. In addition, the profession of attorney-at-law is included in the so-called "public trust professions", which is characterized, *inter alia*, by the importance of the proper practice of the profession in accordance with the public interest, receiving personal information entrusted by persons using attorney-at-law's services, recognizing such information as a professional secret as well as providing attorneys-at-law possessing such information with immunity which releases them from criminal liability for non-disclosure. In its judgment of 26 November 2003, the Constitutional Tribunal indicated that a profession of public trust is a profession that consists of serving personal human needs, involving the obtaining of information about personal life, and organized in such a way as to justify the public's belief as to the proper use of this information in the interests of individuals by those providing the services.³

According to Article 17 of the Constitution of the Republic of Poland, supervision over the proper practice of the public trust professions includes control and supervisory activities undertaken by the professional self-government bodies.⁴ The Minister of Justice supervises activities of the National Bar of Attorneys-at-Law on the basis of Article 5.3 of the Act on Attorneys-at-Law under strictly defined situations. He [or she] may also order the institution of proceedings.

Pursuant to Article 6 of the Act on Attorneys-at-Law, the provision of legal assistance consists, in particular, of giving legal advice or consultations, drawing up legal opinions, appearing before courts as an agent or defender, and preparing draft legal acts.⁵ The preamble to the Code of Ethics for Attorneys-at-Law stipulates that an attorney-at-law should serve the interests of justice and those who have entrusted him/her with the protection of their rights and freedoms. This is a public trust profession, which respects the ideals and ethical obligations shaped in the course of its practicing.⁶ In their activities, attorneys-at-law must always be guided by the law, fulfill their duties conscientiously,

² Act on Attorneys-at-Law of 06.07.1982, Journal of Laws 2020.75.

³ Judgment of the Constitutional Tribunal of 26.11.2003, ref. no. SK 22/02.

⁴ Constitution of the Republic of Poland of 02.04.1997, Journal of Laws 1997.78.483.

⁵ Act on Attorneys-at-Law of 06.07.1982, Journal of Laws 2020.75.

⁶ Annex to Resolution No. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22.11.2014 on the Code of Ethics of Attorneys-at-Law.

and maintain professional secrecy. In the course of his/her professional activity, an attorney-at-law enjoys freedom of expression, and his/her independence is a guarantee for the protection of rights and freedoms. An attorney-at-law can work under an employment relationship, under a civil law contract – in the law firm of an attorney-at-law as well as in a civil law partnership, a general partnership, a limited partnership, or a limited joint-stock partnership. The indicated provisions are protective in nature and provide a guarantee of independence for the profession. Certainly, an attorney-at-law will be subject to the provisions of the labor law, and thus will be obliged to diligently perform work for and under the direction of the employer, but this regulation is partially limited by Article 13 of the Act on Attorneys-at-Law indicating its independence.

The goal of this publication is to present the issue of the independence of attorneys-at-law and to show the complexity of their professional secrecy obligation, whose regulation may vary depending on the type of proceedings.

2. Professional secrecy of attorneys-at-law

Article 13 of the Act on Attorneys-at-Law provides for their independence, stipulating that attorneys-at-law are not bound by instructions as to the content of a legal opinion.⁷ This regulation is inextricably linked to the above claim that this profession is one of public trust. An attorney-at-law must act professionally when preparing a legal opinion and using information obtained from the client. Practicing a public trust profession involves obtaining information about the personal lives of individuals. It is the duty of an attorney-at-law to maintain professional secrecy in order to build a relationship with a client – all information learned by the attorney-at-law in connection with giving legal advice is covered by this obligation. Thus, an attorney-at-law is obliged to keep any information acquired in connection with the performance of the professional activities secret, regardless of the source of the information, its form, or the manner in which it was recorded. The Constitutional Court drew attention to the issue of the provision by clients to attorneys-at-law of information concerning their personal goods and interests as well as to the importance of maintaining its confidentiality. In order to properly provide legal assistance to a client, it is necessary to obtain all the necessary information from the client.⁸ The obligation of an attorney-at-law to request a representative of the National Bar of Attorneys-at-Law to participate in a search of the attorney-at-law's premises, set forth in Article 18 of the Code of Ethics for Attorneys-at-Law, is intended to guarantee the security of professional secrecy.⁹

Furthermore, an attorney-at-law is obliged to safeguard the information that is subject to professional secrecy. Any documents or media carriers containing such information must be stored in such a way as to protect them from damage, unauthorized access

⁷ Act on Attorneys-at-Law of 06.07.1982, Journal of Laws 2020.75.

⁸ Judgment of the Constitutional Tribunal of 22.11.2004, ref. no. SK 64/03.

⁹ Code of Ethics of Attorneys-at-Law (appendix to the resolution no. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22 November 2014).

by third parties, or loss, and associates should be made aware of the confidentiality of the information and instructed about the appropriate legal liability.

Pursuant to Article 21 of the Code of Ethics for Attorneys-at-Law, an attorney-at-law is obliged to keep the course and content of settlement negotiations in which he/she has actively participated secret, also from courts and other bodies adjudicating in the case.¹⁰ On the other hand, Article 19 of the Code of Ethics for Attorneys-at-Law stipulates that an attorney-at-law should take all measures envisaged by law in order to avoid or limit his/her exemption from the obligation of professional secrecy provided for in the legal regulations.¹¹

Therefore, the attorney-at-law will not be bound by an order regarding the content of a legal opinion, regardless of who gave it. To avoid misunderstandings between the attorney-at-law and the law firm in which he/she works, it will be necessary to refer to § 16 of the Rules of Practicing the Profession of Attorney-at-Law, stipulating that the law firm and the attorney-at-law provide legal assistance and, as part of this activity, should agree on the rules for providing such legal assistance. Unlike a legal opinion, in a legal brief, the attorney-at-law can only include one-sided arguments.¹²

Another regulation pointing to the independence of attorneys-at-law is Article 7 of the Code of Ethics for Attorneys-at-Law (CEAL) stating that: *independence in the practicing of the attorney-at-law profession is a guarantee for the protection of civil rights and freedoms, a democratic state ruled by law, and the proper functioning of the administration of justice.*¹³ Section 2 of the CEAL stipulates that attorneys-at-law, in the performance of their professional activities, should be independent of all influences arising from, inter alia, external pressures, personal interests, or interference from any party or for any reason. Instructions, suggestions, or directions which limit that independence may not affect the attorney-at-law's position in the case. The attorney-at-law may not violate the rules of professional conduct or improperly perform his/her professional duties in order to meet the expectations of his/her client or third parties.¹⁴

The independence of an attorney-at-law in his/her professional activities is, therefore, one of the core values and thus, the attorney-at-law may not be subjected to any influence, including of a financial nature. He/she must also not succumb to external pressure, whether exercised by family members or persons in the public sphere such as politicians. The position taken in a particular case or expressed in a legal opinion should be based on his/her views, and loyalty to the client must not affect his/her independence. Of course, the attorney-at-law should respect instructions received from the client on whose behalf he/she is acting, as the client's will is also of crucial importance. Nor does the principle of independence conflict with the attorney-at-law's duty to provide legal assistance to those for whose benefit it is being provided.¹⁵

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² L. Korczak, *Ustawa o Radcach Prawnych. Komentarz 2018*, ed. T. Scheffler, 1st edition, Warsaw 2018.

¹³ Code of Ethics of Attorneys-at-Law (appendix to the resolution no. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22 November 2014).

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ J. Sobutka, A. Woroniecka, *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, ed. T. Scheffler, 3rd edition, Warsaw 2021.

These topics may raise doubts in the case of attorneys-at-law employed under contracts of employment and attorneys-at-law working in law firms. An attorney-at-law employed under a contract of employment will continue to take a position consistent with his/her own views, and the subordinate relationship between him/her and his/her employer cannot affect the content of his/her opinions. When it comes to attorneys-at-law working in law firms, they work for other professionals that already have some experience with the clients in question. In this case, attorneys-at-law working for other professionals should consult decisions they make with these professionals. As regards trainee attorneys-at-law, the principle of independence will not apply to their relationships with patrons or other professionals for whom they prepare legal opinions, or act in their place in the courtroom. In this case, applicants will, of course, be obliged to follow the instructions of the person with whom he/she is in a relationship of dependence.¹⁶

Pursuant to Article 178 point 1 of the Code of Criminal Procedure, it will not be possible to question an attorney-at-law (whether appointed *ex officio* or elected) as a witness about facts that he/she learned as a result of performing the functions of a defense counsel.¹⁷ This evidentiary prohibition applies to attorneys-at-law practicing under civil law contracts, in law firms of attorneys-at-law, or in companies. This rule will also apply to trainee attorneys-at-law who substitute for attorneys-at-law as defense counsels.

3. Maintenance of the attorney-at-law's professional secrecy in the course of criminal proceedings

One aspect of the independence of attorneys-at-law is the issue of maintaining secrecy in criminal proceedings. It is clear that the main goal of criminal proceedings is to detect the perpetrator of an act prohibited by law and to bring him/her to criminal responsibility. Both advocates and attorneys-at-law may act as the defense counsel.

The professional secrecy of attorneys-at-law is particularly evident when there is a collision of goods that should be adequately protected. The protection of professional secrecy and its scope is of critical importance. As for the exemption of an attorney-at-law from professional secrecy, this is tantamount to determining whether the prerequisites justifying such an exemption have been met, indicating the authority entitled to grant such an exemption, and specifying the remedies. However, for such exemption to occur, the following conditions must be jointly met: the interests of administration of justice and the inability to establish circumstances based on other documents. Only the court has the authority to grant this type of exemption. In the preparatory proceedings, this decision is made by the court having jurisdiction to hear the case in the first instance (Article 329 of the Code of Criminal Procedure).¹⁸ During the proceedings, the decision

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Code of Criminal Procedure of 06.06.1997, Journal of Laws of 1997, no. 89, item 555, consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 534.

¹⁸ *Ibidem*.

is made by the court hearing the case. The court decision releasing an attorney-at-law from secrecy takes the form of a decision, which requires an appropriate justification (Article 98 of the Code of Criminal Procedure).¹⁹ Additionally, certain evidence will be prohibited, and such prohibitions apply, *inter alia*, to attorneys-at-law.²⁰

Article 180 of the Code of Criminal Procedure stipulates that persons who are obliged to keep classified information (“restricted” or “confidential” or related to the practice of their profession) secret, may refuse to testify as to the circumstances covered by the request, unless the court or public prosecutor, for the sake of justice, exempts them from the obligation to maintain secrecy. The parties have the right to appeal against this decision. The attorney-at-law may be questioned as to the facts covered by the professional secrecy only if it is necessary for the sake of justice and such circumstances cannot be established based on other evidence. The decision on the questioning or permission to question is made at the preparatory stage, at a session held without the participation of the parties, within no more than 7 days from the date of service of the public prosecutor’s request.²¹

Three groups of information can be distinguished in connection with this regulation. Secrets related to the practice of the profession or the performance of a function will be crucial in the context of this article. These include all pieces of information that have been obtained in connection with the practice of the profession and are covered by the secrecy obligation. Protection of information may also result from an obligation to the client to not disclose it. As already mentioned above, exemption from the obligation to maintain secrecy is granted by a court decision (or at the request of the public prosecutor, depending on the stage of the proceedings) and two conditions must be cumulatively met: the necessity for the sake of justice and the inability to establish circumstances on the basis of other evidence. The circumstances justifying the exemption shall be set out in detail, fully argued, and stated in the justification. The decision to allow exemption from the professional secrecy obligation is made solely by the court. In the course of preparatory proceedings, such a request may be submitted to the court by the public prosecutor, in which case the court has 7 days to consider the request (a non-mandatory deadline).²²

The exemption from the obligation to maintain attorney-at-law secrecy depends on the court’s decision – in the case of a positive decision, the attorney-at-law should give the relevant evidence. Regardless of the exemption, however, he/she must exercise caution regarding the content of the statements in order to testify truthfully and necessarily but to avoid revealing any other circumstances.

According to the decision of the Court of Appeal in Warsaw of 15 May 2008, Article 3 of the Act on Attorneys-at-Law obliges them to keep everything they learn while providing legal assistance secret. Documents representing such secrecy will be documents

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ J. Brylak, *Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego*, [in:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, ed. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warsaw 2012, pp. 37–49.

²¹ Code of Criminal Procedure of 06.06.1997, Journal of Laws of 1997, no. 89, item 555, consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 534.

²² D. Gruszecka, *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, ed. J. Skorupka, 5th edition, 2021.

containing contents that the attorney-at-law learned in connection with the provision of legal assistance.²³

The mere possibility of taking evidence as to the circumstances covered by the secrecy obligation must be preceded on each occasion by an analysis of whether the interests of the judiciary justify the violation of public and private interests protected by law. The court, taking into account the fact that this secrecy constitutes the basis of the practiced profession of the attorney-at-law, must act as a guarantor for the preservation of a proper formula of the proceedings and legitimacy of the request for exemption.²⁴

The social importance of public trust professions and the special nature of Article 180 § 2 of the Code of Criminal Procedure, which is a *lex specialis* for the principle of maintaining professional secrecy, mean that this regulation should be applied each time by courts in a prudent and thoughtful manner, and the prerequisites for exemption from the obligation to maintain secrecy must be interpreted in the strictest way, not being subject to a broadening interpretation. When requesting an exemption from the obligation to maintain professional secrecy, the public prosecutor must not forget that the burden of proving the validity of this request will lie with him/her.²⁵

The exemption of a witness from professional secrecy under Article 180 of the Code of Criminal Procedure and the possibility of using documents containing professional secrecy as evidence as set forth in Article 226 are two separate issues. If the prosecution sees a need to obtain documentation that it suspects is held by an attorney-at-law, it should first apply for its release under Article 217 of the Code of Criminal Procedure, and only after that (if the attorney-at-law believes that the documents contain information covered by the professional secrecy) would it be possible to apply to the court for the use of the documents containing secrets of the attorney-at-law as evidence in the criminal proceedings.²⁶

There are no contraindications, should such a need arise in the further course of the proceedings, that the public prosecutor, after questioning the attorney-at-law, would re-submit the request for exemption from professional secrecy.

The issue of professional secrecy is one of the basic norms of practicing a public trust profession. It is of unique importance in the relationships between professional counsels and their clients. The judicature also emphasizes the need to ensure the protection of professional secrecy within the framework of operational and exploratory activities undertaken by law enforcement authorities. The use of an operational wiretap against an attorney-at-law will automatically prevent clients from disclosing information to the counsel.

It is worth remembering that in administrative, civil, or tax proceedings no provision is made for an exemption of the attorney-at-law from professional secrecy, as discussed in the case of criminal proceedings, however, a possibility is provided for an attorney-at-law who is questioned as a witness to refuse to answer questions if the answer could result in a breach of the duty to maintain professional secrecy.

²³ Decision of the Court of Appeal in Warsaw of 15.05.2008, II AKz 294/08, Legalis.

²⁴ Decision of the Court of Appeal in Łódź of 05.04.2018, II AKz 155/18, Legalis.

²⁵ Decision of the Court of Appeal in Kraków of 07.06.2018, II AKz 231/18, Legalis.

²⁶ Decision of the Court of Appeal in Katowice of 09.06.2020, II AKz 535/20, Legalis.

4. Consequences of violating professional secrecy

As far as the consequences of breaching the obligation to maintain professional secrecy by an attorney-at-law are concerned, attorneys-at-law may be liable to disciplinary action for the breach of this duty – the mere failure to maintain professional secrecy means violation of both the provisions of the Act on Attorneys-at-Law and the regulations of the Code of Ethics for Attorneys-at-Law and constitutes a disciplinary offense. It follows from Article 64 of the Act on Attorneys-at-Law that attorneys-at-law and trainee attorneys-at-law are subject to disciplinary liability for their conduct contrary to law, rules of ethics, or professional dignity as well as for any breach of their professional duties.²⁷ The Higher Disciplinary Court concluded on 14 March 2016 that an attorney-at-law should build and maintain confidence in the profession of the attorney-at-law by his/her conduct, and thus maintain professional secrecy. The court was critical of the breach of professional secrecy, viewing it as a serious disciplinary offense.²⁸ If an attorney-at-law acts as an accused in disciplinary proceedings, he/she has the right to make explanations and may refuse to answer particular questions. If the accused attorney-at-law wishes to provide explanations, then there will be a confluence between the right to provide an explanation and the duty to maintain professional secrecy. Every human being has the right to defense, and it may be of a higher value in a given state of facts. It is for the defendant to decide whether to use it or to maintain professional secrecy.²⁹ Such circumstances can only be disclosed to the extent necessary for the defense – for if it exceeds the limits of the necessary defense, it becomes a disciplinary tort.

An attorney-at-law may not be exempted by his/her client from their duty to maintain professional secrecy. The exemption may only be made by the competent court in the form of an appealable decision. The exception is a situation in which the attorney-at-law is a defendant, in which case he/she may assert his/her innocence and fail to maintain professional secrecy, but only to the extent necessary for that defense.

5. Proceedings in the field of competition protection and professional secrecy

As regards other specific proceedings such as proceedings in the field of competition protection conducted by the European Commission, uniform EU case law in this area indicates that legal protection based on the institution of the professional secrecy of attorneys-at-law will not apply in such proceedings with respect to the information contained in written documents or recorded on computer media exchanged between

²⁷ Act on Attorneys-at-Law of 06.07.1982, Journal of Laws 2020.75.

²⁸ Judgment of the Higher Disciplinary Court of 14.03.2016, ref. no. WO-95/15.

²⁹ D. Seroka, *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [in:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, Warsaw 2018.

the management and in-house counsels.³⁰ Proceedings in the field of competition protection are primarily those that are intended to counteract abuses of market power (e.g., monopolies, prohibited agreements). Such proceedings, both at the EU and domestic levels, rely on heavy interference with economic operators and their activities in order to effectively gather the necessary evidence. The President of the Office of Competition and Consumer Protection may also inspect entrepreneurs and demand access to files, books, and documents during such inspections. To protect certain information and prohibit its use in the proceedings, evidence must be derived from written documents/correspondence with an outside lawyer who is admitted to practice the profession in one of the European Union member states. It is, therefore, important to distinguish between lawyers employed by business entities, who are remunerated on the basis of contracts of employment, and independent, external lawyers who are not bound by any contract. EU case law indicates that only documents drafted by independent lawyers will be protected by the secrecy of communications.³¹

6. Summary

Given the foregoing, the relationship between an attorney-at-law practicing a profession of public trust and his/her client, as well as any information exchanged as part of that relationship, including sensitive information, is covered by professional secrecy. This is a principle recognized in every country of the European Union. It is based on the trust built during the relationships between clients and attorneys-at-law. To be able to properly practice the profession of attorney-at-law, it is necessary for the client to provide all information related to the case in an objective manner, which is why the independence of attorneys-at-law is so important. However, there are exceptions to this principle that are strictly regulated such as the abovementioned cases in the field of criminal proceedings or competition protection. However, these are exceptional situations which cannot be considered as a rule, and each case must be evaluated based on the facts of that particular case. Otherwise, there would be a significant threat to the principle of independence of attorneys-at-law and professional secrecy, and thus to the required trust in the relationships between clients and attorneys-at-law. This would ultimately raise doubts as to whether the profession of attorney-at-law should be included in the category of public trust professions, where it is particularly important.

³⁰ *Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akros Chemicals Ltd v. Commission*, Judgment of the European Court of Justice of 14.09.2010, C-550/07 P, OJ C 37 of 09.02.2008.

³¹ R. Stankiewicz, *Zakres Ochrony Tajemnicy Zawodowej Radcy Prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji*, [in:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, ed. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warsaw, 2012.

Bibliography

Literature

- Brylak J., *Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego*, [in:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, ed. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warsaw 2012.
- Gruszecka D., *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, ed. J. Skorupka, 5th edition, Warsaw 2021.
- Korczak L., *Ustawa o Radcach Prawnych. Komentarz 2018*, ed. T. Scheffler, 1st edition, Warsaw 2018.
- Seroka D., *Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej*, [in:] *Tajemnica zawodowa radcy prawnego*, ed. R. Stankiewicz, Warsaw 2018.
- Sobotka J., Woroniecka A., *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, ed. T. Scheffler, 3rd edition, Warsaw 2021.
- Stankiewicz R., *Zakres Ochrony Tajemnicy Zawodowej Radcy Prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji*, [in:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, ed. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, Warsaw 2012.

Legal acts

- Act on Attorneys-at-Law of 06.07.1982, Journal of Laws 2020.75.
- Annex to Resolution No. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22.11.2014 on the Code of Ethics of Attorneys-at-Law.
- Code of Criminal Procedure of 06.06.1997, Journal of Laws of 1997, no. 89, item 555, consolidated text published in Journal of Laws of 2021, item 534.
- Constitution of the Republic of Poland of 02.04.1997, Journal of Laws 1997.78.483.

Judgments

- Judgment of the Constitutional Tribunal of 22.11.2004, ref. no. SK 64/03.
- Judgment of the Constitutional Tribunal of 26.11.2003, ref. no. SK 22/02.
- Decision of the Court of Appeal in Katowice of 09.06.2020, II AKz 535/20, Legalis.
- Decision of the Court of Appeal in Kraków of 07.06.2018, II AKz 231/18, Legalis.
- Decision of the Court of Appeal in Łódź of 05.04.2018, II AKz 155/18, Legalis.
- Decision of the Court of Appeal in Warsaw of 15.05.2008, II AKz 294/08, Legalis.
- Judgment of the Higher Disciplinary Court of 14.03.2016, ref. no. WO-95/15.
- Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akcros Chemicals Ltd v. Commission*, Judgment of the European Court of Justice of 14.09.2010., C-550/07 P, OJ C 37 of 09.02.2008.

Aleksander Jakubowski¹

University of Warsaw

ORCID ID: 0000-0002-5937-9591

THE STATUS OF THE SELF-GOVERNMENT OF ATTORNEYS-AT-LAW

IN LIGHT OF THE CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE –
FROM THE PERSPECTIVE OF CONSIDERING COMPLAINTS,
REQUESTS AND PETITIONS

ABSTRACT

The subject of this article is the status of the self-government of attorneys-at-law analysed in the light of the Code of Administrative Procedure from the perspective of addressing complaints, requests, and petitions. The analysis leads to the conclusion that based on the Code of Administrative Procedure, the self-government of attorneys-at-law is a social organization. Thus, its bodies are the bodies of a social organization, unless they handle administrative cases. The paper distinguishes four categories of situations connected with the application of the provisions on complaints and petitions as part of the activities of the self-government of attorneys-at-law.

Keywords: professional self-government, attorneys-at-law, complaints, requests, petitions

¹ Assistant professor at the Department of Law and Administrative Procedure at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, attorney-at-law.

I. Introduction

The jubilee of the self-government of attorneys-at-law is an opportunity to reflect on its status, which emerges from the Act of June 14, 1960 – Code of Administrative Procedure.² The findings in this respect are the basis for further detailed conclusions relating to individual procedural issues in which the mentioned local government or its bodies appear. In this regard, this elaboration takes into account the perspective related to the consideration of complaints and requests referred to in the provisions of Section VIII of the indicated Code. Yet, these arguments also apply to petitions as, in accordance with Art. 2 sec. 1 of the Act of 11 July 2014 on petitions,³ they may be submitted to a public authority as well as “to an organization or social institution in connection with its tasks commissioned in the field of public administration”, and pursuant to Art. 15 of this Act, in cases not regulated therein, the provisions of the Code of Administrative Procedure (CAP) shall apply accordingly.

II. The status of the self-government of attorneys-at-law in the CAP

In order to scrutinize the issue highlighted in the title, it is, therefore, crucial to determine whether the self-government of attorneys-at-law is a public administration body as referred to in Art. 5 § 2 point 3 of the Code of Administrative Procedure, or a social organization as referred to in point 5 of this provision, or if it has another legal status.

The relevance of this issue in terms of complaints and requests is demonstrated in the context of Art. 221 of the CAP. Paragraph 1 of this provision stipulates that the right to submit complaints and requests to state bodies, bodies of local government units, local government bodies, organizational units, and to social organizations and institutions, guaranteed by the Constitution of the Republic of Poland, is implemented on the principles set out in the provisions of Section VIII of the CAP. Nevertheless, paragraph 2 of Art. 221 of the CAP, contains a special norm, according to which “complaints and requests may be submitted to social organizations and institutions in connection with the tasks they perform and commissioned in the field of public administration”. *Ergo*, the obligation to consider complaints and requests by social organizations is narrower than in the case of state bodies, and it is limited in terms of type to complaints and requests related to the tasks carried out by them in the field of public administration. Moreover, this qualification is essential for determining the competent authority as according to Art. 230 of the CAP, the competent authority of the higher level of this organization is competent to consider a complaint regarding the tasks and activities of a social organization, and in relation to the supreme body of the organization – the Prime Minister, or the competent ministers supervising the activities of this organization. A special regulation is also contained in Art. 242 § 2 of the CAP, according to which “requests in cases

² I.e. Dz.U. of 2021, item 735 with later amendments, hereinafter referred to as the “CAP”.

³ I.e. Dz.U. of 2018, item 870 with later amendments.

relating to the tasks of social organizations are submitted to the governing bodies of these organizations”, as well as Art. 258 § 2 of the CAP stipulating that “supervision and control over the registration and settlement of complaints and requests in the bodies of social organizations are exercised by the statutory supervisory bodies of these organizations and bodies of a higher level, while in the supreme bodies of these organizations – the government administration body supervising the activities of a given organization”.

The importance of correctly determining whether an organ of the self-government of attorneys-at-law is or is not competent to examine complaints and requests is underlined in Art. 223 § 1 of the CAP, according to which state bodies, local government bodies, and other local government bodies and bodies of social organizations – consider and pursue complaints and requests within their competence.

Pursuant to Art. 5 § 2 point 3 of the CAP, whenever the provisions of the CAP refer to public administration bodies, they should be understood as ministers, central government administration bodies, provincial governors, other local government administration bodies acting on their own or on their own behalf (combined and non-combined), bodies of local government units as well as bodies and entities mentioned in Art. 1 point 2 of the Code of Administrative Procedure. The aforementioned Art. 1 point 2 of the CAP indicates entities established by operation of law or on the basis of agreements to deal with individual cases settled by administrative decisions or settled tacitly. In turn, Art. 5 § 2 point 5 of the CAP states that whenever the provisions of the Code of Administrative Procedure refer to social organizations, then this is understood as professional, local government, cooperative, and other social organizations.

It is not difficult to notice that the legislator applied the method of defining the concept of social organization with the use of indeterminate phrases. For this reason – as is pointed out in the literature – this definition is flawed with *ignotum per ignotum* because in *definiendum* and *definiens* appear the same terms. In consequence, the concept introduced in the commented provision is imprecise and cannot be fully used to determine the features that an organizational unit must have in order to be considered a social organization in the administrative process. It should be added that neither the doctrine nor the administrative courts have developed a unified position regarding the criteria for qualifying certain entities to the category of “social organizations”.⁴

When facing the challenge of relating this concept to the self-government of attorneys-at-law, it is advisable to follow the resolution of the Supreme Administrative Court of September 22, 2014 (II GPS 1/14)⁵ stressing that the professional self-government is not a public administration in the sense of the political system. It is not an organ of the state, it does not exercise competences that are accounted towards the state. A characteristic of this self-government is its legal subjectivity, resulting from granting it legal personality, which is associated with the possibility of being the subject of rights and

⁴ K. Klonowski, *Art. 5, [in:] Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. H. Knysiak-Molczyk, Warsaw 2015, p. 53. Difficulties in this field are also mentioned by Z. Kmiecik, *Art. 5, [in:] Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warsaw 2019, p. 55.

⁵ ONSAiWSA [Case law of the Supreme Administrative Court and the voivodeship administrative courts] 2015, No. 1, item 4.

obligations. Its legal personality covers the sphere of public and private law. From the subjective point of view, the professional self-government can, therefore, be opposed to the state.⁶

It is worth highlighting that in the judgement of 9 March 1988 (IV SAB 30/87⁷) the Supreme Administrative Court already recognized the admissibility of treating professional self-government as a social organization, therefore, it could participate in administrative proceedings as a party after being admitted pursuant to Art. 31 § 1–3 of the Code of Administrative Procedure. This view was already endorsed by doctrine at that time.⁸

The inclusion of the self-government of attorneys-at-law in the category of social organizations is confirmed by the decision of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of January 16, 2008 (III SA/Wa 1862/07). The court stated directly that the District Bar Association of Attorneys-at-Law meets the criterion of a social organization. As it explained, the definition of the concept of social organizations, developed on the basis of the views of the doctrine, legal solutions adopted in Polish law, and on the basis of judicial decisions, covers all permanent associations of natural and legal persons, i.e., such groups of entities that are bound by a common objective and a permanent organizational bond, and that do not form part of the state apparatus and are not private companies at the same time.

A different view was expressed by the SAC in its decision of April 11, 2011, II FSK 2300/10, arguing that the District Bar Association of Attorneys-at-Law is “an organizational unit of the professional self-government of legal advisers, the organization, basis of operation, and objectives of which were included in the Act on legal advisers. The Chamber is, therefore, not a social organization”. Nevertheless, it is difficult to share the laconic argumentation of the Supreme Administrative Court, as a social organization may have organizational units, and the legislator itself in the Code of Administrative Procedure determines the organs of social organizations. At the same time, the Chamber satisfies the requirements set by the Supreme Administrative Court in order to be recognized as a social organization: it is a permanent association of natural persons established to fulfil specific, socially important goals, having a permanent organizational bond, and not being part of the apparatus of public administration bodies because the Chamber itself never acts as such an authority, but only its organs act as such in certain cases. Thus, the circumstances provided by the SAC do not exclude the recognition of the self-government of attorneys-at-law/legal advisers as a social organization within the meaning of the CAP. Moreover, the cited judgement referred to the concept of social organization under the Law on Proceedings Before Administrative Courts,⁹ and not directly to the CAP.

⁶ K. Klonowski, *The Notary Chamber as a party to the procedure for appointing a notary. Gloss to the resolution of a panel of seven judges of the Supreme Administrative Court of September 22, 2014, II GPS 1/14*, “Przegląd Prawa Publicznych” [“Review of Public Law”] 2017, No. 5, p. 122.

⁷ “Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” [“Jurisprudence of Polish Courts and Arbitration Commissions”] 1989, No. 6, item 133.

⁸ See: T. Woś, *A gloss to the judgement of the Supreme Administrative Court of 9 March 1988, IV SAB 30/87*, “Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1989, No. 6, p. 311.

⁹ The Act of August 30, 2002 – Law on Proceedings before Administrative Courts (i.e., Dz.U. of 2022, item 329 with later amendments).

The doctrine indicates that a social organization is an association (corporation) of citizens (units) or legal persons outside the structure of the public administration apparatus – both governmental and local government, which is not of compulsory nature and is established in order to achieve the objectives specified in the Act or internal acts of these organizations.¹⁰ The importance of voluntariness was stressed by the Supreme Court in its judgement of 20 September 2002 (III RN 144/01)¹¹ indicating that a social organization within the meaning of Art. 5 § 2 point 5 of the Code of Administrative Procedure is only a voluntary association of persons who implement narrow statutory objectives in the interest of its members, i.e., a corporate entity.

A. Gronkiewicz, after exhaustively presenting the position of jurisprudence and doctrine in relation to the concept of social organization, finally provides it with the following constitutive features:

- 1) functioning outside the state and economic sector;
- 2) objective of a social nature;
- 3) objective durability;
- 4) voluntary nature of the organization in the sense of the voluntary membership of members in the organization;
- 5) organizational autonomy.¹²

As K. Klonowski believes, this concept also includes professional self-government, associating, by operation of law or on a voluntary basis, persons performing specific professions.¹³

Moreover, the present literature indicates that by the term “self-government organizations” referred to in Art. 5 § 2 point 5 of the CAP, one should understand various forms of special self-government, numerous organizations of which appeared after the political transformation. Special self-government, in theoretical assumptions, is the aforementioned public-law corporation, a form of administrative decentralization, in which membership is obligatory. A. Nędzarek classifies the professional self-government directly in the first place. As he emphasizes, this status of professional corporations may be indicated by their separation from the state administrative apparatus, non-economic nature, and serving the general interest; mainly by ensuring the proper performance of the profession.¹⁴

P. Gołaszewski and K. Wąsowski classify professional self-government as social organizations, stating that the lack of voluntary affiliation in a professional self-government (practising a profession is possible only for a member of a corporation) is sometimes the basis for questioning the recognition of professional self-government as a social

¹⁰ K. Klonowski, *Art. 5...*, p. 54.

¹¹ OSNAPU 2003, No. 15, item 348.

¹² A. Gronkiewicz, *Organizacja społeczna w ogólnym postępowaniu administracyjnym* [Social organization in general administrative proceedings], Warsaw 2012, p. 62.

¹³ K. Klonowski, *Art. 5...*, p. 55.

¹⁴ A. Nędzarek, *Organizacje samorządowe* [Local government organizations], [in:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Zakres przedmiotowy i podmiotowy postępowania administracyjnego ogólnego* [Process Administrative Law System. Objective and subjective scope of general administrative proceedings], vol. II, part 1, ed. W. Chróścielewski, Warsaw 2018, p. 436.

organization in the literature.¹⁵ As A. Gronkiewicz ascertains, only professional self-governments, in relation to which there is no obligation to belong, can be included in the model approach to social organizations.¹⁶

Bearing in mind the above, it has to be noted that the self-government of attorneys-at-law operates outside the state and economic sector (creates its own 'sector'), serves social purposes (not private), the objective is permanent (which is stressed by its statutory regulation), and has organizational autonomy, which is, after all, one of the constitutive characteristics of professional self-government. Thus, a legitimate question remains whether the element of voluntary organization in the sense of the voluntary affiliation of members to it is not essentially fulfilled. One can also assume that this criterion can be considered fulfilled from a certain perspective. The representatives of the doctrine excluding professional self-governments from the category of social organizations seem to miss the difference between the compulsion to be a member of local self-government and the alleged compulsion to be a member of a professional self-government. A resident of Poland has no other option but to be a member of the local government. Therefore, every resident of Poland is a member of the local government and cannot take any action that would deprive him/her of such membership as a resident of Poland. Yet, membership in a professional self-government is secondary to the voluntary decision to practice the profession (applying to perform it), whose representatives compose a corporation in the form of professional self-government. *Ipsa facto*, membership in a professional self-government remains voluntary; and only the legislator limits the scope of this freedom. Indeed, this restriction narrows the scope of choice to membership of a professional self-government by taking up a profession that implies membership of that professional self-government, or not taking up such a profession. Thus, the necessary freedom of membership in the professional self-government as a social organization is preserved, and the binding factor relates to the scope and effects of this voluntary choice of an individual (if s/he is entitled to take it up, i.e., meets the criteria for taking up such a profession). At the same time, the indicated restriction undoubtedly implies state supervision over professional self-government – in particular over access to the profession – as well as the requirement of a proportional delineation of its competences.

A. Nędzarek accentuates that the statutory tasks of professional self-governments include vital social goals, going beyond operations strictly related to the professional activity of the members and the functioning of the local government units. Hence, in the view of this doctrine representative, the most serious argument against the recognition of these corporations as social organizations concerns their performance of decentralized administration in the field of regulating access to the profession.¹⁷ Referring to this view, it should be noted that, in fact, the professional self-government retains the status of a social organization here, and in the case mentioned above, it is the bodies of this self-government – and not the self-government itself – that are treated as public

¹⁵ See: P. Gołaszewski, K. Wąsowski, *Art. 5, [in:] Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. R. Hausner, M. Wierzbowski, Warsaw 2021, p. 100.

¹⁶ A. Gronkiewicz, *Social organization...*, p. 105.

¹⁷ A. Nędzarek, *Organizacje samorządowe... [Self-government organizations...]*, p. 436.

administration bodies in a functional sense. Therefore, this does not mean depriving professional self-government of the status of a social organization under the Code of Administrative Procedure but allowing for special situations in which the self-government authorities will be treated as public administration bodies.

The view that excludes professional self-government from the category of social organizations is minor; the prevailing position is that professional self-government can be treated as a kind of social organization.¹⁸ The leading opinion is that the concept of a self-government organization includes such organizations that perform self-government tasks and functions of a different type than local self-government. It is the professional self-government that is directly indicated here – with the exception of cases of performing commissioned functions of public administration.¹⁹

This broader approach corresponds to the view of J.P. Tarno, that the definition of a social organization gives rise to the assumption that it covers all organizational units that do not constitute a state apparatus, or any form of their extension; all organizational forms, the creation and activity of which cannot be ascribed to the state, but to a certain social group.²⁰ In the past, the scope of the concept of social organizations was limited to associations of corporate citizens, but today it can be assumed that it covers any organizational form permitted by law, functioning outside the state apparatus, by means of which citizens can present their group interest.²¹

In the literature on the subject, it is worth indicating an even more far-reaching view, i.e., recognizing professional self-governments not as social organizations but as social institutions, as referred to in Art. 221 of the Code of Administrative Procedure.²² However, it is a consequence of excluding the recognition of an organizational unit of the self-government of attorneys-at-law from the category of social organization in the decision of the SAC of 11 April 2011, II FSK 2300/10, which – as pointed out above – is not convincing.

In conclusion, all the criteria for recognizing the self-government of attorneys-at-law (professional self-government) as a social organization within the meaning of Art. 5 § 2 point 5 of the Code of Administrative Procedure are met. As a result, the provisions of the CAP on social organizations should apply to the self-government of attorneys-at-law, while the provisions of the CAP on the bodies of social organizations should apply to the bodies of the self-government of attorneys-at-law. The provisions of the CAP on a public administration body refer to the self-government bodies of attorneys-at-law, essentially

¹⁸ Also A. Nędzarek, *Organizacje samorządowe... [Self-government organizations...]*, p. 436.

¹⁹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Code of Administrative Procedure. Comment*, Warsaw 2021, p. 58.

²⁰ J.P. Tarno, *A gloss to the resolution of a panel of seven judges of the Supreme Administrative Court of December 12, 2005, file ref. act II OPS 4/05, "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" ["Scientific Journal of the Administrative Judiciary"]* 2006, No. 1, p. 155. This qualification should not be undermined by the regulation of the functioning of a social organization by a state authority, e.g., by means of an act.

²¹ J.P. Tarno, *A gloss...*, p. 156.

²² See: S. Gajewski, [in:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Petycje, skargi i wnioski. Dział VIII Kodeksu postępowania administracyjnego. Ustawa o petycjach. Komentarz [Petitions, complaints and requests. Section VIII of the Code of Administrative Procedure. Act on petitions. Comment]*, Warsaw 2015, p. 10.

only to the extent to which they handle administrative matters in the form of an administrative decision, or a ruling, or issue certificates.

It should be emphasized that as far as complaints and requests are concerned, the self-government of attorneys-at-law or its bodies may not be equated with a separate category specified in Art. 221 and Art. 224 of the CAP, i.e., a state authority.²³

III. Examination of complaints, requests, and petitions by the self-government of attorneys-at-law

Establishing the status of a self-government of attorneys-at-law as a social organization allows specifying the scope of application of the provisions on complaints and requests and on petitions that relate to it.

J. Wegner points out that while adopting the result of the interpretation of Art. 221 § 1 of the CAP – which is favourable to the Constitution – it should be recognized that complaints and requests (as well as petitions) may be submitted to any public authority body within the meaning of Art. 63 of the Constitution of the Republic of Poland, i.e., an entity authorized to act in the sphere of *empire*. The subject of a complaint or request, however, can only be those acts or omissions that exhaust the use of public authority by these entities. The indicated Author specifies that the activity of social organizations may be the subject of a complaint and request procedure, on the condition that it falls within the scope of tasks commissioned.²⁴ Similarly, M. Jaśkowska emphasizes that social organizations and institutions exercise the right to lodge a complaint or request only when they perform functions commissioned in the field of public administration.²⁵ This idea is elaborated on by J. Borkowski and B. Adamiak, stating that “complaints and requests may be submitted to a social organization only when it performs the tasks or functions of public administration assigned to it, and hence the conclusion that they should concern precisely these tasks and functions. The concept of social organization must be understood in line with the legal regulation contained in Art. 5 § 2 point 5 of the CAP, while the concept of commissioned tasks must be considered based on doctrinal provisions, thus taking into account that it is broader than outsourcing public administration functions. Not only will it be about the cases of issuing administrative decisions or other governing acts by the organs of social organizations but also about taking actions in other legal forms, e.g., non-regulatory actions. On the basis of the provisions of Section VIII of the CAP, and the guarantees resulting from these provisions, no complaints and requests may be lodged regarding any other activities of a social organization”.²⁶

23 S. Gajewski, [in:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Petycje, skargi i wnioski...* [Petitions, complaints and requests], p. 8.

24 J. Wegner, *Art. 221*, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. Z. Kmiecik. W. Chróścielewski, Warsaw 2019, p. 1043.

25 M. Jaśkowska, [in:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Code of Administrative Procedure. Comment*, Warsaw 2005, p. 1071.

26 B. Adamiak, J. Borkowski, *Code...*, p. 1174.

Referring these thoughts to the subject of this paper, it should, therefore, be stated that the complaints and requests of the self-government of attorneys-at-law (by their bodies) are obliged to be considered to the extent that they relate to the tasks of public administration imposed on the self-government of attorneys-at-law by legal regulations. Most often these will be activities related to the issuing of administrative decisions, and in such a case, the bodies of the self-government of attorneys-at-law are treated as public administration bodies, also in the aspect of complaints and requests. And, in the remaining scope, since the self-government of attorneys and its bodies are not treated as public administration bodies, Art. 240 of the CAP shall apply. Pursuant to this provision, when a complaint concerns a matter that is not subject to examination in accordance with the provisions of the Code (Article 3 § 1 and 2) or does not fall within the competence of public administration bodies, the provisions of Art. 233–239 of the CAP shall apply accordingly, with the proviso that the regulation of the procedure appropriate for a given case applies in place of other provisions of the Code.

Article 240 of the CAP applies to social organizations, however, as B. Adamiak and J. Borkowski claim, “obviously only in the area in which they perform tasks commissioned in the field of public administration”.²⁷ It can, therefore, be assumed that these are tasks commissioned from the field of public administration, not foreseen to be settled through administrative proceedings in the form of an administrative decision. This may, in particular, apply to disciplinary proceedings.

This viewpoint is also shared by J. Wegner, who indicates that the provisions of Art. 240 of the Code of Administrative Procedure, the concept of a public administration body, should be understood in accordance with the meaning ascribed to it in the provision of Art. 5 § 2 point 3 in connection with Art. 1 point 2 of the CAP, binding the notion of an authority with the competence to deal with individual cases by way of administrative decisions or tacitly. Article 240 of the CAP contains a reference that can be described as ‘return’, as it refers to matters regulated in separate provisions. This solution is dictated by the necessity to respect the priority of separate provisions regulating administrative proceedings in individual categories of cases. It should be assumed that the provisions of Art. 233–239 may be directly applicable, applicable with the necessary modifications, or not applicable – depending on the nature of the case to which the complaint relates.²⁸

Also, H. Knysiak-Molczyk asserts that the complaint procedure cannot compete with any other legally regulated procedure, and in the event of an overlap of provisions, special regulations shall prevail. Only in other respects are the appropriate provisions of Art. 233–39 of the Code of Administrative Procedure applied.²⁹

Importantly, the reference under Art. 240 of the CAP means that if a complaint can be qualified as a request to initiate proceedings not covered by the CAP, or another type of non-code legal remedy, or may be used in non-code proceedings, its lodging should

²⁷ B. Adamiak, J. Borkowski, *Code...*, p. 1204.

²⁸ J. Wegner, *Art. 221...*, pp. 1079–1080.

²⁹ H. Knysiak-Molczyk, *Art. 240*, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. H. Knysiak-Molczyk, Warsaw 2015, p. 1205.

have effects in the sphere of appropriate proceedings; it becomes unnecessary to conduct parallel complaint proceedings.³⁰

The reference to separate proceedings by the organs of social organizations also applies to proceedings regulated by acts issued by these organizations on the basis of a statutory authorization.³¹ In this context, it is worth focusing on a certain freedom in regulating cases related to the handling of complaints, requests, and petitions that is vested in the self-government of attorneys-at-law. Regulating their examination by an act of the self-government (body) is permissible, especially in the light of the essence of professional self-government and the purpose of ensuring the proper performance of the profession of attorney-at-law. Pursuant to Art. 60 point 8 letter a of the Act of July 6, 1982 on attorneys-at-law,³² the scope of activities of The National Bar Council of Attorneys-at-Law includes the adoption of regulations for the activities of the self-government and its bodies. There are no obstacles for these regulations to define the manner of dealing with complaints and requests addressed to the self-government of attorneys-at-law (its bodies), while the regulation with regard to complaints and requests subject to consideration in accordance with the provisions of Section VIII of the Code of Administrative Procedure may not restrict or modify the statutory procedure (i.e., a generally applicable act). The regulation of the handling of complaints and requests may be particularly desirable in the cases referred to in Art. 240 of the CAP, as then the regulations will take precedence over Art. 233–239 of the Code of Administrative Procedure. Similarly, the self-government regulation will be the complete regulation for complaints and requests submitted within the scope of tasks of the self-government of attorneys-at-law that are not commissioned tasks in the field of public administration. It should also be indicated that the manner of implementing the provisions on considering complaints and requests may be determined by the guidelines of The National Bar Council of Attorneys-at-Law referred to in Art. 57 point 3 of the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law.³³

With all of the above in mind, in cases involving the performance of public administration tasks, in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law do not act as a public administration body (they do not conduct proceedings that end with an administrative decision), Art. 233–239 of the CAP, in so far as the given issues have not been separately regulated in specific provisions, including the procedure regulated by the self-government of attorneys-at-law as a social organization. In cases involving the performance of public administration tasks, in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law act as a public administration body, the provisions of Section VIII of the CAP will apply directly, however, it should be noted that often, pursuant to Art. 233–235 of the CAP, the complaint will in fact be treated as a letter regarding an administrative case. The provisions of Section VIII of the CAP, which imply a notification on the manner of addressing a complaint, will directly apply to complaints concerning

30 K. Wojciechowska, *Art. 240*, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warsaw 2021, p. 1505.

31 See: K. Wojciechowska, *Art. 240...*, p. 1505; B. Adamiak, J. Borkowski, *Code...*, p. 1205.

32 I.e. Dz.U. of 2020, item 75 with later amendments.

33 I.e. Dz.U. of 2022, item 1166.

the issues of dealing with administrative matters by the bodies of self-government of attorneys-at-law, in which the complainants have no legal interest (e.g., for bureaucratic handling of a certain category of administrative matters such as entries on the list of attorneys-at-law). In other cases, the provisions of Section VIII of the CAP shall not apply.

Therefore, the following four categories of situations can be distinguished:

- 1) Firstly: when the complaint concerns the matter in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law act as public administration bodies within the meaning of the CAP and issue administrative decisions (e.g., matters related to entry on the list of attorneys-at-law as well as deletion from it), and at the same time concerns the legal interest of the complainant. In such a case, it is not subject to examination pursuant to the provisions of Section VIII of the CAP, but to the provisions of general administrative (jurisdictional) proceedings.
- 2) Secondly: when the complaint concerns the matter in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law act as public administration bodies within the meaning of the CAP and issue administrative decisions (e.g., matters related to entry on the list of attorneys-at-law as well as deletion from it), but does not refer to the interest of the complainant, nor does it lead to actions under general administrative proceedings (e.g., the bureaucratization of these proceedings is criticized) – then it is recognized as a complaint under Section VIII of the CAP.
- 3) Thirdly: when the complaint concerns a matter in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law do not issue an administrative decision but are the bodies of a social organization implementing public tasks specified in Art. 41 of the Act on Attorneys-at-Law (e.g., it concerns insufficient care over the substantive level of trainees). Then the complaint is examined with the proper application of Art. 233–239 of the Code of Administrative Procedure to the extent that it relates to the performance of this public task, and all other specific provisions – including professional self-government – apply before the code regulation.
- 4) The fourth and final situation relates to a case when the complaint concerns matters that for the bodies of the self-government of attorneys-at-law, do not constitute the performance of a statutory task in the area of public administration (e.g., a complaint about the lack of provision by the self-government of senior care for elderly attorneys-at-law; a complaint against the actions of a corporate member, and not the self-government of attorneys-at-law, its bodies, or employees). In such a case, the complaint is not subject to consideration pursuant to the provisions of the CAP – it is enough to provide information, taking into account, according to the content of the ‘complaint’, relevant generally applicable provisions and provisions established by the relevant bodies of the self-government of attorneys-at-law.

Due to the use by the legislator of fairly general terms in Art. 41 of the Act on Attorneys-at-Law, it is not possible *a priori* to unequivocally distinguish between the cases defined above as the third and fourth types of situation. Thus, it is necessary to make a case-by-case evaluation. In order to facilitate this process, it can be pointed out that in Art. 41 of the Act on Attorneys-at-Law, the legislator used the open clause (“in particular”). In this way, the legislator allows the self-government of attorneys-at-law to carry out tasks other than those specified in this provision.

IV. Conclusions

Recapitulating, the self-government of attorneys-at-law has the status of a social organization under the Code of Administrative Procedure. As a result, the provisions of the CAP on the bodies of these organizations apply to the bodies of this self-government. The provisions of the CAP on a public administration body refer to the self-government bodies of attorneys-at-law, and only to the extent to which they handle administrative matters in the form of an administrative decision, or issue certificates. These findings correspond to the subjectivity of the self-government of attorneys-at-law, separate from the governmental or territorial administration, appropriate for the decentralized model.

With regard to cases involving the performance of public administration tasks, in which the bodies of self-government of attorneys-at-law do not act as a public administration body (they do not conduct proceedings that end with an administrative decision), Art. 233–239 of the Code of Administrative Procedure will be applied accordingly for the consideration of complaints and requests – to the extent that the given issues have not been separately regulated in specific provisions, including the procedure regulated by the self-government of attorneys-at-law as a social organization. In cases involving the performance of public administration tasks, in which the bodies of the self-government of attorneys-at-law act as a public administration body, the provisions of Section VIII of the CAP will apply directly, however, it should be noted that often pursuant to Art. 233–235 of the CAP, the complaint will in fact be treated as a letter regarding an administrative case. The provisions of Section VIII of the CAP, which imply a notification on the manner of addressing a complaint, will directly apply to complaints concerning the issues of dealing with administrative matters by the bodies of self-government of attorneys-at-law, in which the complainants have no legal interest (e.g., for bureaucratic handling of a certain category of administrative matters such as entries on the list of attorneys-at-law). In other cases, the provisions of Section VIII of the CAP shall not apply.

Bibliography

Literature

- Adamiak B., Borkowski J., *Code of Administrative Procedure. Comment*, Warsaw 2021.
- Gajewski S., [in:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Petycje, skargi i wnioski. Dział VIII Kodeksu postępowania administracyjnego. Ustawa o petycjach. Komentarz [Petitions, complaints and requests. Section VIII of the Code of Administrative Procedure. Act on petitions. Comment]*, Warsaw 2015.
- Gronkiewicz A., *Organizacja społeczna w ogólnym postępowaniu administracyjnym [Social organization in general administrative proceedings]*, Warsaw 2012.
- Jaśkowska M., [in:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Code of Administrative Procedure. Comment*, Zakamycze 2005.
- Klonowski K., Art. 5, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. H. Knysiak-Molczyk, Warsaw 2015.
- Klonowski K., *The Notary Chamber as a party to the procedure for appointing a notary. Gloss to the resolution of a panel of seven judges of the Supreme Administrative Court of September 22, 2014, II GPS 1/14, "Przegląd Prawa Publicznych" ["Review of Public Law"]* 2017, No. 5.
- Knysiak-Molczyk H., Art. 240, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. H. Knysiak-Molczyk, Warsaw 2015.
- Nędzarek A., *Local government organizations*, [in:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Zakres przedmiotowy i podmiotowy postępowania administracyjnego ogólnego [Process Administrative Law System. Objective and subjective scope of general administrative proceedings]*, vol. II, part 1, ed. W. Chróścielewski, Warsaw 2018.
- Tarno J.P., *A gloss to the resolution of a panel of seven judges of the Supreme Administrative Court of December 12, 2005, file ref. act II OPS 4/05, "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" ["Scientific Journal of the Administrative Judiciary"]* 2006, No. 1.
- Wegner J., Art. 221, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. Z. Kmiecik, W. Chróścielewski, Warsaw 2019.
- Wojciechowska K., Art. 240, [in:] *Code of Administrative Procedure. Comment*, ed. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warsaw 2021.
- Woś T., *A gloss to the judgement of the Supreme Administrative Court of 9 March 1988, IV SAB 30/87, "Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych" ["Jurisprudence of Polish Courts and Arbitration Commissions"]* 1989, No. 6.

Legal acts

- Act of August 30, 2002 – Law on Proceedings before Administrative Courts (consolidated text: Dz.U. of 2022, item 329 with later amendments).
- Act of July 11, 2014 on petitions (consolidated text: Dz.U. of 2018, item 870 with later amendments).

Act of June 14, 1960 r. – Code of Administrative Procedure (Dz.U. of 2021, item 735 with later amendments).

Act on Attorneys-at-Law of 6 July 1982 (consolidated text: Dz.U. of 2022, item 1166).

Judgements

Resolution of Supreme Administrative Court of September 22, 2014] (II GPS 1/14), ONSAiWSA [“Case law of the Supreme Administrative Court and the voivodeship administrative courts”] 2015, 1, item 4.

Judgement of the Supreme Administrative Court of March 9, 1988 (IV SAB 30/87), “Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” [“Jurisprudence of Polish Courts and Arbitration Commissions”] 1989, No. 6, item 133.

The judgement of the Supreme Court of 20 September 2002 (III RN 144/01), OSNAPU 2003, No. 15, item 348.

Bogusław Soltys¹

University of Wrocław

ORCID ID: 0000-0002-8359-7732

MEMBERSHIP IN CAPITAL COMPANIES AS A FORM OF EXERCISING THE PROFESSION OF ATTORNEY-AT-LAW

ABSTRACT

The article conducts a legal qualification of attorney's-at-law professional activities performed for the benefit of capital companies conducting legal activities and their clients. It also considers the arguments for and against introducing the possibility of attorney's-at-law legal practice in the form of participation in capital companies authorized to provide legal assistance. In conclusion, the author clearly advocates for the change of the currently binding prohibitions on attorney's-at-law profession.

Keywords: Attorney-at-law, Attorney's-at-law legal activity forms, regulated legal activity, unregulated legal activity, membership in capital companies as an attorney-at-law profession

¹ Professor University of Wrocław at the Department of Economic and Commercial Law of the Faculty of Law and Administration of the University of Wrocław; scholarship holder of the Foundation for Polish Science; author of many publications in the field of law and trade in goods, including articles and articles for the legal services market; President of the Court of Arbitration at the Lower Silesian Chamber of Commerce; attorney-at-law and expert of the National Council of Legal Advisers; partners of the law firm IURICO based in Wrocław.

1. Introduction

As it is commonly known, an attorney-at-law may practice his profession which is based on providing legal assistance only in statutory organizational forms. Since the Act on attorneys-at-law² among the forms of pursuing the occupation does not mention the participation of an attorney-at-law in capital companies or recognize capital companies as entities authorized to provide legal aid, a series of vital questions arises regarding the assessment of the actual involvement of attorneys-at-law in capital companies, especially companies providing legal services or conducting legal business activities or activities of a similar nature, establishing the legal consequences of undertaking such activities under the Act on Attorneys-at-Law and other applicable regulations, as well as judging the legality of the prohibition to practice the profession of an attorney-at-law in the form of membership in capital companies. The next anniversary of the formation of the self-government of attorneys-at-law is undoubtedly a good opportunity to raise these fundamental issues both from the point of view of the present and the challenges of the future.

2. Restrictions on the freedom of attorney-at-law membership in capital companies

Primarily, it should be emphasized that an attorney-at-law, like any other entity, uses freedoms guaranteed by constitution³ and treaties⁴ both in the field of economic freedom (entrepreneurship) and freedom to practice the profession (provision of services), which – in Polish legislation – is not always connected with running a business activity. Nevertheless, on the basis of the indicated legal guarantees, all freedoms and rights may be limited, if it is necessary, to meet a specific public interest, and such interference is not excessive, i.e. it does not violate the essence of a given guarantee, is not discriminatory and meets the requirements of proportionality (cf. Articles 22, 31 (3) and 32 of

² Act on Attorneys-at-Law of 6 July 1982 (consolidated text: Dz.U. of 2020, item 75), hereinafter: AAL.

³ See especially Art. 22 and 65 sec. 1 of the Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997 (Dz.U. of 1997, No. 78, item 483), hereinafter: Constitution of the Republic of Poland or CRP.

⁴ See especially Art. 49 et seq. of the Treaty on the Functioning of the European Union, hereinafter referred to as the Treaty or TFEU (Dz.U. of 2004, No. 90, item 864/2, as amended), as well as the provisions of EU directives: i.e. 77/249/EEC of the Council of March 22, 1977, aimed at facilitating the effective exercise by lawyers of the freedom to provide services (Dz.U. of EU L.1977.78.17, as amended), hereinafter: Directive 77/249/EEC, 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of February 16, 1998, aimed at facilitating the practice of a legal profession on a permanent basis in a Member State other than that in which the professional qualifications were obtained (Dz.U. of UE L.1998.77.36, as amended), hereinafter: Directive 98/5/EC, 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (Dz.U. of EU L.2005.255.22, as amended), hereinafter: Directive 2005/36/EC and Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market (Dz.U. of EU L.2006.376.36), hereinafter: Directive 2006/123/EC or the Services Directive.

the Polish Constitution and Articles 52, 69 and 72 TFEU in connection with the directives cited in footnote 3). Considering the issue of the possibility of attorney-at-law participation in capital companies, attention should be paid to the distinction between involvement related to non-legal activities of these companies and activities related to legal activities. In the first case, the attorney-at-law is subject only to relative limitations. Taking into account the professional qualifications, they prohibit attorneys-at-law from taking up activities and performing specific activities that are in conflict with the dignity of the profession and the principles of the so-called professional deontology, which consists of both legal and non-legal regulations,⁵ in particular in the terms of ethics⁶ and professional pragmatics.⁷ Despite the fact they usually require an individual balancing of various values, sometimes the provisions directly determine the permissibility of attorneys-at-law to perform specific non-legal activities.⁸ While in the second case, the scope of control is much broader. It also includes a ban on providing legal assistance without satisfying certain statutory conditions, a ban on practising the profession of an attorney-at-law in other organizational forms than those provided for in the applicable provisions, and a ban on non-legal activities by companies in which, on an exclusive basis, an attorney-at-law may perform professional activities in accordance with the provisions of law (see Art. 6, 8 and 23 et seq. of AAL). As the concept of providing legal assistance, defined in the Act on Attorneys-at-Law, is separate and specific both in relation to the concept of legal services within the meaning of PKWiU (Classification of Products and Services)⁹ as well as the concept of legal activity within the meaning of the PKD (Polish Classification of Activity), which, to a certain extent, may be undertaken by anyone without the need to meet the statutory conditions, only on the basis of guarantees of the right to provide services and economic freedom,¹⁰ then they should be perceived primarily as related to the pursuit of regulated legal economic activity and the performance of legal professional activity (see Art. 7 (1) (4) and Art. 43 of the Entrepreneurs Law and Art. 43¹ of the Civil Code¹¹). Thus, while on the basis of general

5 Cf. P. Skuczyński, *Status of legal ethics*, Warsaw 2010, pp. 114 et seq.; P. Kardas, *A few remarks on the function and significance of ethical and deontological standards for the performance of legal professions*, "Palestra" ["The Bar"] 2014, No. 1–2, pp. 42 et seq. and K. Zacharzewski, *The importance of deontological codes in the field of private law*, "Commercial Law Review" 2011, No. 6, pp. 35 et seq.

6 See: The Ethics Code of Attorneys-at-Law, hereinafter: ECAL, <http://www.kirp.pl/>.

7 See: Regulations for practising the profession of an attorney-at-law, hereinafter: RPPA, <http://www.kirp.pl/>.

8 This includes, for example, tax advisory activity, which, although partially overlapping with legal activity, is formally a separate activity on the basis of classification regulations. Art. 6 of AAL with Art. 2 and 3 of the Tax Consultancy Act of 5 July 1996 (consolidated text Dz.U. of 2021, item 2117), hereinafter: TCA and section 69 of the Regulation of the Council of Ministers of 24 December 2007 on the Polish Classification of Activities (PKD), Dz.U. No. of 2007, No. 251, item 1885, hereinafter: PKD.

9 See: section 69 regulation of the Council of Ministers of 4 September 2015 on the Polish Classification of Products and Services (PKWiU), Dz.U. of 2015, item 1676, hereinafter: PKWiU.

10 At the statutory level, such guarantees have been regulated in the Act of March 6, 2018 – Entrepreneurs' Law (consolidated text Dz.U. of 2021, item 162), hereinafter: ELA and in the Act of March 6, 2018 on the Rules of Participation of Foreign Entrepreneurs and Other Foreign Persons in the Trade in the Republic of Poland (consolidated text Dz.U. of 2021, item 994), hereinafter: FEPA.

11 Act of 23 April 1964 – Civil Code (consolidated text: Dz.U. of 2020, item 1740), hereinafter: CC.

principles, it can be assumed that the right to provide services and economic freedom constitute a sufficient basis for an attorney-at-law to subscribe for shares or stocks and hold functions in the bodies of capital companies, not excluding companies providing legal services or conducting legal economic activity, but such companies activity of an attorney-at-law and a company cannot be considered a form of practising the profession and a manifestation of regulated legal activity in the field of providing legal aid. In the light of the currently applicable regulations, capital companies, even when controlled by attorneys-at-law, are not entitled to provide legal assistance (i.e. legal regulated activity or legal professional activity). This also applies to the provision of legal services to any clients of such companies directly by attorneys-at-law. Under the procedural regulations, capital companies providing legal services or conducting legal activity solely on the basis of a guarantee of economic freedom, as entities not entitled to provide legal assistance, may not establish a power of attorney in the name and for the account of the serviced entities (see Art. 87 § 2, second sentence of the Code of Civil Procedure¹²). Within the meaning of these provisions, the right of legal persons to provide legal services to specific entities may result only from provisions separate from the Act – Entrepreneurs’ Law (cf. Art. 43 (1) of the EL and Art. 87 § 2 of the Code of Civil Procedure). In trade practice, the distinction between the different status of legal professional activity and legal economic activity of a regulated and free nature, which operate within the same classification units for services (PKWiU) and activity (PKD), causes many obstacles. It is also an example of flawed legislation that, to a large extent, can only be rectified through legislative intervention.¹³

3. Legal qualification of attorney-at-law membership in capital companies from the viewpoint of the permissible forms of exercising the profession

Since capital companies are not listed among the forms of practising the profession of an attorney-at-law, nor are they entitled to provide legal assistance,¹⁴ although they are competent to provide legal services and conduct free legal economic activity, it is of great importance to determine the legal significance of the participation of attorneys-at-law

¹² The Act of November 17, 1964 – Civil Procedure Code (consolidated text Dz.U. of 2021, item 1805), hereinafter: CPC.

¹³ See: B. Sołtys, *Separation of the scopes of legal regulated and free activity – de lege lata and de lege ferenda*, “Przegląd Sejmowy” [“The Sejm Review”] 2021, No. 3, p. 127 ff.

¹⁴ The issue will be discussed further in the elaboration; the only deviation from the indicated regularity concerns capital companies running patent offices, i.e. regulated activity in the field of industrial property assistance, which, at least in part beyond technical assistance, can be considered as specialized provision of legal assistance in a specific field. See: Art. 4, 5 and 8 on this issue in connection with Art. 2 sec. 1 of the Act of April 11, 2001 on Patent Attorneys (consolidated text Dz.U. of 2021, item 944), hereinafter: PAA Cf. Art. 6 of Patent Attorneys Act and section 69 of PKWiU and PKD. *De delege sumer* the mentioned derogation does not in any way however undermine the regulatory prohibition of conducting legal activities regulated by capital companies based solely on the guarantees of economic freedom, but confirms the existence of such a prohibition.

in such companies. In particular, whether individual manifestations of the organizational commitment of attorneys-at-law can be considered a form of practising the profession. Bearing in mind that their participation in capital companies as partners or shareholders may be objectively related to providing the company with personal benefits that fall within the scope of legal aid (e.g. for the so-called additional benefits related to participation rights or for holding certain functions), they should be classified as professional activities. Pursuant to Art. 8 sec. 1 of AAL, an attorney-at-law may practise the profession also on the basis of civil law activities and while remaining in an employment relationship. In the case of providing legal assistance to a capital company by an attorney-at-law participating in its organizational structures, depending on the circumstances, it can be assumed that then we are dealing with one or both of the above-mentioned forms of practising the profession, due to the admissibility of joining them. Nonetheless, the provision of legal services to clients of capital companies cannot be considered as professional activities of an attorney-at-law, even if they constitute an expression of legal aid. On the basis of the control limitations of regulated legal activity and the pursuit of a regulated legal profession, the qualification of a specific service as a professional activity is not therefore sufficient only for a person with professional rights to fulfil it, but it is necessary to implement it within the organizational form permitted by the legislator. Provision of legal services by attorneys-at-law, or other persons with professional qualifications to clients of capital companies, does not affect the character¹⁵ of the activities of these companies. In particular, it does not transform their free legal activity into regulated legal activity.

The above statements remain valid also in the case of capital companies running, in accordance with the applicable regulations, patent offices authorized to provide legal activities in the field of assistance in industrial property matters (see Art. 5 sec. 1 point 5 in conjunction with Art. 2 section 1), Art. 4 sec. 1 and Art. 8 sec. 1 of PAA and Section 69 of the PKWiU and PKD). Attorneys-at-law may be minority shareholders or stockholders of such companies, and have the power to hold the functions of minority board members in them. Providing legal services to them, they perform their profession to the full extent of its competence, while providing legal services on behalf of selected clients of a patent office, the professional activities of attorneys-at-law are limited only to cases in the field of industrial property, i.e. the subject of activity of capital companies running patent offices. The confirmation of such correctness is Art. 87 § 2 of the Code of Civil Procedure, according to which a legal person providing legal services to an entrepreneur, legal person or other organizational unit on the basis of separate provisions may grant an attorney-at-law a procedural power of attorney on behalf of the entity which the service is providing, if authorized by this entity. Through the activities of attorneys-at-law, patent offices do not acquire the right to provide clients with legal assistance to a greater extent than matters related to industrial property. Legal services of attorneys-at-law provided to clients of patent offices in matters beyond this scope should therefore be treated as activities not related to practising the profession.

¹⁵ See more on this subject: B. Sołtys, *Legal activity in the light of the Act of March 6, 2018 – Entrepreneurs’ Law*, “Radca Prawny, Zeszyty Naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2019, No. 4, p. 103 et seq.

4. Legal consequences of violation of the provisions governing the permitted forms of exercising the profession of an attorney-at-law

Activities in the field of providing legal assistance conducted beyond the permitted organizational forms of practising the profession of an attorney-at-law constitute a gross violation of the law and have a series of negative consequences for all trade participants. It may be associated with civil, administrative, disciplinary and even criminal liability. This is not about prohibiting attorneys-at-law and other entities from conducting unregulated legal activities, which they can, like everyone else, undertake on the basis of the guarantee of economic freedom, but about sanctioning various abuses related to the provision of legal services with the participation of attorneys-at-law in the event of violation of the public interest and interests of clients that are worthy of protection. Especially when legal services are provided in such a manner that may undermine public confidence, mislead and expose clients to harm. It should be emphasized that, in the light of settled case law, the effect of violating the regulations on restrictions on the control forms of performing a profession is not to recognize the activities performed as professional activities, which may, in turn, lead to their ineffectiveness.¹⁶ The occurrence of such an effect, especially in the area of various types of procedural activities, may lead to the liability of an attorney-at-law both towards capital companies or other entities not authorized to provide legal regulated activities, as well as clients of these companies who are beneficiaries of services provided by an attorney-at-law. Due to the violation of many professional obligations, an attorney-at-law may also bear disciplinary liability in such a situation (see Art. 64 of AAL). Failure to recognize the activities of an attorney-at-law as providing legal aid may also result in their not being covered by the scope of civil liability insurance (see Art. 22⁷ of AAL). All entities operating in the field of legal aid contrary to the provisions of the Act on Attorneys-at-Law, i.e. not only attorneys-at-law and companies with their participation, must also take into account their removal from public registers and records (see Art. 52 sec. 3 item 4 of AAL). Liability may also be borne by capital companies offering services of attorneys-at-law beyond the permitted forms of practising the occupation, i.e. by not being entitled to conduct regulated legal activity, by misleading as to the nature of their activity, they expose both competitors and clients to the detriment. Their actions may bear the features of acts of unfair competition,¹⁷ unfair market practices¹⁸ and acts violating collective consumer interests.¹⁹

¹⁶ See, e.g.: the decision of the Supreme Court of July 20, 2012, II CZ 68/12, LEX No. 1228790, the decision of the Supreme Court of February 28, 2008, III CSK 245/07, LEX No. 475438, and the decision of the Court of Appeal in Katowice of August 25 2004, I ACa 1485/03, LEX No. 193584.

¹⁷ See: the Act of April 16, 1993 on Combating Unfair Competition (consolidated text Dz.U. of 2020, item 1913), hereinafter: CUCA.

¹⁸ See: the Act of 23 August 2007 on Act on Counteracting Unfair Commercial Practices (consolidated text Dz.U. of 2017, item 2070), hereinafter: CUCPA.

¹⁹ See: the Act of 16 April 1993 on Competition and Consumer Protection (consolidated text Dz.U. of 2021, item 275), hereinafter: CCPA.

5. Reservations as to the legality of the prohibition to exercise the profession of attorney-at-law in the form of membership in capital companies in the light of the Constitution of the Republic of Poland and EU law

The ban on practising the profession of attorney-at-law in the form of participation in capital companies both from the viewpoint of the Constitution of the Republic of Poland and the law of the European Union (EU), raises various reservations. At this point, however, it is worth drawing attention to two vital issues related to the excessive regulatory limitations and their discriminatory dimension. As per the standards of the rule of law, the restriction of the guaranteed rights and freedoms is permissible only exceptionally; namely when it is necessary to meet a specific public interest, and when it is proportionate. Yet, these requirements are not met by the solution which only indirectly and not fully effectively has an influence on the proper performance of the profession of attorney-at-law, which was the basis for its introduction.²⁰ Taking into consideration the fact that the profession of an attorney-at-law is always performed on the basis of contracts, there are restrictions on the freedom to shape their content and membership in the self-government of entities that are organizational units authorized to provide legal assistance,²¹ and not the limitation of the organizational and legal forms of cooperation of attorneys-at-law should play a leading role in achieving the indicated public objective. The self-government of attorneys-at-law exercising public supervision over the proper performance of the profession of attorneys-at-law, as well as the courts, do not pay sufficient attention to various abuses relating to the forms of practising the profession. A meaningful illustration of this state of affairs is not only the scarce jurisprudence and the lack of statistics in combating such abuses, but also the failure to disclose the form of practising the profession of an attorney-at-law in search engines made available by the local government. Inefficiency of legal regulations and the possibility of implementing the public interest with less restrictive measures objectively indicate failure to meet the conditions of the necessity and proportionality of the regulatory control. Thus, they can testify to both a conflict with the Polish Constitution and a breach of EU law, in particular Directive 2006/123/EC, which aims to protect the freedom to provide services, inter alia, against restrictions on the prohibition of creating a specific legal form in the territory of an EU Member State for the purpose of service activities.

²⁰ See: more on the issue: B. Sołtys, *Unconstitutionality of Art. 8 of the Act on Attorneys-at-Law*, “Radca Prawny, Zeszyty Naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2019, No. 1, p. 9 et seq. and the literature and jurisprudence cited therein.

²¹ The provision of Art. 17 sec. 1 of the Constitution of the Republic of Poland and its other provisions do not preclude the extension of membership in the self-government of the profession of public trust to organizational units authorized to provide legal assistance and controlled by attorneys-at-law. The indicated solution is necessary to ensure the effectiveness of public supervision over the activities of such entities by the self-government of attorneys-at-law. See more on this subject: B. Sołtys, *The issue of membership of organizational units in the professional self-government of attorneys-at-law*, [in:] *Past-Present-Future of Self-Government of Attorneys-at-Law*, ed. T. Scheffler, A. Zalesińska, K. Mularczyk, M. Pyrz, Warsaw 2022, pp. 313 et seq.

The ban on practising the profession of an attorney-at-law in the form of membership in capital companies also appears to be of discriminatory nature. Without appropriately relevant²² grounds it differentiates the legal situation of attorneys-at-law and patent attorneys, i.e. persons authorized to provide legal services and conduct regulated legal activity within the same classification units of the PKWiU and PKD and within the category of professions of public trust. According to Art. 32 sec. 2 of the Constitution of the Republic of Poland, discrimination may take place, inter alia, in economic life and may be brought about by any cause, including the organizational form of providing services and conducting activity in a specific field (see 16 (2) (c) of the Services Directive). Pursuant to the applicable regulations, patent attorneys may practice in a law firm they control even when it is established by capital companies, while attorneys-at-law do not have such an option. This solution has a negative impact on the competitiveness of law firms operating on the same market, run by attorneys-at-law, including those with the participation of patent attorneys. Legal offices in the form of capital companies may also be established by all other entities based on the legal guarantees of economic freedom. Although these law firms are intended only for the limited scope of unregulated legal activity, however, due to distinguishing them with the use of PKWiU and PKD classifiers identical to legal regulated activity; in practice they often become a tool of unfair competition, and often also deliberately misleading clients. The prohibition to practice the profession of an attorney-at-law in the form of membership in capital companies is also discriminatory in relation to entities conducting regulated legal activity in the EU and European Economic Area (EEA) Member States, in which the organizational form of joint-stock companies is allowed for legal professions such as an attorney-at-law or attorney. This applies in particular to countries such as Germany, France, Austria, the Czech Republic, Slovakia, Italy, Slovenia, Croatia and Hungary.²³ Under the treaty guarantees of the freedom to provide services, foreign capital companies, unlike domestic companies, may therefore conduct regulated legal activities on the territory of Poland.

6. For and against the prohibition of exercising the profession of an attorney-at-law in the form of membership in capital companies

Two arguments are usually raised in favour of maintaining the prohibition in force, which were also the reason for introducing this pattern of regulating the forms of performing the profession of an attorney-at-law on the basis of the Act on Attorneys-at-Law. Namely, it is about taking into account the personal nature of the provision of legal aid

²² See more on the issue of constitutional grounds for designating entities belonging to the same group: W. Borysiak, L. Bosek, *Commentary to Art. 32*, [in:] *Constitution of the Republic of Poland*. Vol. 1: *Commentary to Art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, C.H. Beck, Warszawa 2016, Nb 103 et seq.

²³ See more on this subject: B. Sołtys, *Organizational and legal forms of providing legal services and their limitations in Polish law*, “Prace Naukowe WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego” [“Scientific Papers of the Faculty of Law and Administration of the University of Wrocław”], Series: e-Monographs, No. 100, Wrocław 2017, pp. 193 et seq. and literature referred to therein.

and ensuring unlimited liability of an attorney-at-law in relation to the objective need to protect its recipients. As for the first issue, it should be noted that apart from the regulation of the employment relationship,²⁴ no statutory provision imposes an obligation to pursue the profession of an attorney-at-law in person, and the employee form of professional activities has long ceased to prevail. Moreover, even in the employee regime, substitution of an attorney-at-law is allowed when performing procedural activities on behalf of the employer. It can therefore be ascertained that the consideration of personal provision of legal aid, although it still plays a certain individualizing and promotional role, differs from the realities of the modern legal services market, and cannot be objectively used as a legitimate reason for maintaining a regulatory prohibition. Yet, when it comes to the issue of unlimited liability, it should be noted that this feature also does not define the provision of legal aid. Attorneys-at-practising their profession based on employment are liable for damages only up to the amount of three times their salary and are not liable for damages resulting from the permissible risk (see Art. 117 § 2 and 119 of the Labour Code²⁵), and those exercising their profession in the form of civil law transactions may, in principle, contractually limit their liability, with the exception of not individually agreed activities performed with consumers (see Art. 385³ item 2 of the Civil Code), and cases of intentional misconduct (see Art. 473 § 2 of the Civil Code; cf. Art. 122 of the Code of Civil Procedure). When assessing the nature of liability, it cannot be ignored that an attorney-at-law performing his duties in partnerships is responsible for the company's obligations only in a subsidiary manner, and although he may not contractually limit this liability with effect towards third parties, he is in fact capable of even making it ineffective. In spite of the fact that in capital companies, partners and shareholders do not bear subsidiary liability, while providing legal aid within the structures of these companies, they can always be unlimitedly liable to its beneficiaries in relation to torts. Thus, bearing in mind that the unlimited liability of an attorney-at-law is not an inherent feature of the provision of legal assistance and varies depending on the form of practising the profession and the specific basis for performing a professional activity, the lack of such liability by partners and shareholders of capital companies cannot be objectively treated as legitimate reason for maintaining the regulatory prohibition under discussion.²⁶

²⁴ Personal performance of activities is a fundamental feature of an employment relationship – but not of civil law relationships. Instead of many, see e.g. K. Walczak, *Commentary on Art. 22 of the Labour Code*, [in:] *Labour Code Comment*, ed. W. Muszalski, K. Walczak, C.H. Beck, Warszawa 2021, Legalis, Nb 3 et seq.; and the judgement of the Supreme Court of February 4, 2021, II USKP 12/21, Lex No. 3117753; judgement of January 23, 2020, II PK 228/18, Lex No. 3107045; decision of the Supreme Court of November 18, 2020, III UK 427/19, Lex 3080654.

²⁵ Act of 26 June 1974 – Labour Code (consolidated text: Dz.U. of 2020, item 1320), hereinafter: LC.

²⁶ It is worth mentioning at this point that if the unlimited personal liability of an attorney-at-law were to be a determinant of the admissibility of providing legal aid, the obligation to insure against civil liability would be redundant. Nonetheless, paradoxically, it was the existing differentiation in the rules of liability of attorneys-at-law and the image-related issues that ultimately determined the introduction of such an obligation. It is also worth noting that the insurance obligation of attorneys-at-law is standardized, and its scope and conditions are not related to the assessment of individual insurance risk or the risk assigned to a given form of practising the profession.

What is more, a number of other weighty arguments support the admissibility of practising the profession of attorney-at-law in the form of membership in capital companies. They undoubtedly include the objective need for the self-government of attorneys-at-law to be subject to public supervision of all organizational units that conduct regulated legal activities in the area of providing legal services. Currently, as a result of previous legislative omissions, the self-government of attorneys-at-law does not actually exercise supervision over such units – even when they are directly or indirectly controlled by attorneys-at-law. This leads to various abuses related to the violation of the act on attorneys-at-law. Capital companies entitled to provide legal aid could become an attractive form of combining legal (professional) and non-legal (non-professional) capital, which would complement the existing possibilities of combining them with the use of limited partnerships and limited joint-stock partnerships. Nevertheless, unlike partnerships, the possibility of investment involvement offered by capital companies would give an opportunity to meet the challenges of the present day on the regulated market of legal activities, in particular related to the use of modern technologies, or taking up matters requiring co-financing and appropriate organization in general. From today's perspective, unreflective adherence to the original regulatory assumptions regarding the forms of practising the profession of attorney-at-law is not only inadequate to the market realities, but even harmful. Frequently as a result of unfair market practices, and not infrequently with the participation of members of the local government of attorneys-at-law, it only led to an accelerated and uncontrolled development of the unregulated market of legal services. Thus, admitting the profession of attorney-at-law in the form of participation in capital companies should also be perceived as an opportunity to organize this issue and to more clearly distinguish regulated legal activity and unregulated legal activity conducted only on the basis of guarantees of the freedom to provide services and economic freedom.

7. Conclusions

Introducing the possibility of practising the profession of attorney-at-law in the form of membership in capital companies authorized to provide legal assistance is primarily a matter of restoring the rule of law in connection with the allegations of violation of EU law and the unconstitutionality of Art. 8 of the Act on Attorneys-at-Law. The legal normalizations contained in this provision have not yet been subject to judicial verification by both the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Tribunal. Still, one should be aware that they were created in completely different legal and market realities, even before the entry into force of the Services Directive and the Polish Constitution, and today they do not comply with EU or constitutional regulatory standards. Nevertheless, apart from this assessment aspect, on the one hand, there is a range of arguments for the enforcement by the professional self-government of attorneys-at-law of abuses related to the conduct of regulated legal activities in violation of the law, and on the other hand, for the immediate commencement of appropriate legislative work.

Bibliography

Literature

- Borysiak W., Bosek L., *Commentary on Art. 32 [in:] Constitution of the Republic of Poland*. Vol. 1: *Commentary to Art. 1–86*, ed. M. Safjan, L. Bosek, C.H. Beck Warszawa 2016.
- Kardas P., *A few remarks on the function and importance of ethical and deontological standards for the performance of legal professions*, “Palestra” [“The Bar”] 2014, No. 1–2.
- Sołtys B., *Separation of the scopes of legal regulated and free activity – de lege lata and de lege ferenda*, “Przegląd Sejmowy” [“The Sejm Review”] 2021, No. 3.
- Sołtys B., *Legal activity in the light of the Act of March 6, 2018 – Entrepreneurs’ Law*, “Radca Prawny, Zeszyty Naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2019, No. 4.
- Sołtys B., *Organizational and legal forms of providing legal services and their limitations in Polish law*, “Prace Naukowe WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego” [“Scientific Papers of the Faculty of Law and Administration of the University of Wrocław”], Series: e-Monographs, No. 100, Wrocław 2017.
- Sołtys B., *Unconstitutionality of Art. 8 of the Act on Attorneys-at-Law*, “Radca Prawny, Zeszyty Naukowe” [“Attorney-at-law. Law Review”] 2019, No. 1.
- Sołtys B., *The issue of membership of organizational units in the professional self-government of attorneys-at-law [in:] Przeszłość – Teraźniejszość – Przyszłość Samorządu Radców Prawnych [Past-Present-Future of Self-Government of Attorneys-at-Law]*, ed. T. Scheffler, A. Zalesińska, K. Mularczyk, M. Pyrz, Warsaw 2022, pp. 313 et seq.
- Skuczyński P., *Status of legal ethics*, Warsaw 2010.
- Walczak K. [in:] *Labour Code Comment*, ed. W. Muszalski, K. Walczak, C.H. Beck, Warszawa 2021, Legalis.
- Zacharzewski K., *The importance of deontological codes in the field of private law*, “Przegląd Prawa Handlowego” [“Commercial Law Review”] 2011, No. 6.

Legal Acts

- Act of 11 April 2001 on patent attorneys (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 944).
- Act of 16 April 1993 on combating unfair competition (consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 1233).
- Act of 16 April 1993 on competition and consumer protection (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 275).
- Act of 17 November 1964 – Civil Procedure Code (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 1805).
- Act of 23 April 1964 – Civil Code (consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 1360).
- Act of 23 August 2007 on combating unfair market practices (consolidated text: Journal of Laws of 2017, item 2070).

- Act of 26 June 1974 – Labour Code (consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 1320).
- Act of 5 July 1996 on tax advisory services (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 2117).
- Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws of 2020, item 75, as amended).
- Act of 6 March 2018 – Entrepreneurs Law (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 162).
- Act of March 6, 2018 on the rules of participation of foreign entrepreneurs and other foreign persons in the trade in the Republic of Poland (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 994).
- Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws of 1997, no. 78, item 483.
- Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate of effective exercise by lawyers of Freedom to provide services (Journal of Laws. UE L.1977.78.17 as amended).
- Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (Journal of Laws UE L.2005.255.22 as amended).
- Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market (Journal of Laws UE L.2006.376.36).
- Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained (Journal of Laws UE L.1998.77. as amended).
- Regulation of the Council of Ministers of 24 December 2007 on the Polish Classification of Activities (PKD), Journal of Laws of 2007, no. 251, item 1885.
- Regulation of the Council of Ministers of 4 September 2015 r. on the Polish Classification of Products and Services (PKWiU), Journal of Laws of 2015, item 1676.
- The Treaty on the Functioning of the European Union of 25 March 1957, Journal of Laws 2004, no. 90, item 864/2, as amended).

Judgements

- Judgment of the Supreme Court of 18 November 2020, III UK 427/19, LEX 3080654.
- Judgment of the Supreme Court of 18 November 2020, III UK 427/19, LEX 3080654.
- Judgment of the Supreme Court of 20 July 2012, II CZ 68/12, LEX, no. 1228790.
- Judgment of the Supreme Court of 23 January 2020, II PK 228/18, LEX no. 3107045.
- Judgment of the Supreme Court of 28 February 2008, III CSK 245/07, LEX no. 475438.
- Judgment of the Supreme Court of 4 November 2021, II USKP 12/21, LEX no. 3117753.
- Decision of the Court of Appeal in Katowice of 25 August 2004, I ACa 1485/03, LEX no. 193584.

Sławomir W. Ciupa¹

CHANGE OF THE PROFESSION OR FORM OF ITS PRACTICE FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROFESSIONAL ETHICS OF ATTORNEYS-AT-LAW

ABSTRACT

The article discusses issues related to the professional mobility of attorneys-at-law in light of the Code of Ethics of Attorneys-at-Law. The author discusses changes in the profession or form of its practicing in terms of movement between the public and private sectors as well as within the private sector itself. The article also addresses the issue of changing the form of practicing the profession or the entity where the profession is practiced. These phenomena, though partially regulated by law, escape ethical regulation; the Code covers them only to a narrow extent (professional secrecy and conflict of interest). The question is, therefore, whether this and the indirect application of several other principles of professional ethics (independence, dignity of the profession, loyalty, and trust) can be considered appropriate. The author analyzes if the application of the above ethical principles is sufficient in terms of safeguarding against the unethical use of relationships or networks from the professional past as well as avoiding the related reduction in independence, conflicts of interest, breach of professional secrecy, or loyalty.

Keywords: professional mobility, change of the profession, movement between the public and private sectors, movement within the private sector, change of form of practicing the profession, change of entity where the profession is practiced, rules of professional conduct

¹ Attorney-at-law, expert at the Centre for Studies and Legislation of the National Bar Council of Attorneys-at-Law, member of the Commission for the Practice of the Attorney-at-Law Profession in Warsaw, former judge of the Higher Disciplinary Court, lecturer at the attorney-at-law's traineeship at the Warsaw Bar Association of the Attorneys-at-Law, specializing in regulatory, self-government, and professional law as well as the ethics of regulated legal professions.

1. Introduction

Professional mobility is a socially and economically desirable phenomenon. Movement of persons between different legal professions (judge, public prosecutor, notary public, bailiff, advocate, attorney-at-law, counselor of the State Treasury Solicitor's Office – "Lawyers") positively affects the opportunities to acquire and apply different qualifications, powers, competencies, and professional experience in different professions. This includes changes in forms of practicing professions which positively contribute to the maintenance and growth of professional practice. This benefits the justice system, society, the economy as well as all persons involved.

Moving, sometimes several times in professional life, from one legal profession to another – Lawyers not only change it. Due to the fact that this may be a movement from the public to the private sector or vice versa, or a change within the private sector, they must also be aware of certain ethical constraints involved ("Change of the Profession"). These are the rules of conduct for a Lawyer who, after a Change of the Profession, encounters persons and their associated networks of relationships or contacts, institutions and associated professional roles previously held, information, matters, results/effects, or other "vestiges" of his/her professional past.

In turn, change of employment relationship to a contract of commission or vice versa, change of employment to a law firm/partnership or vice versa, and acquisition or sale of a law firm/partnership delineate the area within which a change in the form of practicing the profession may take place ("Change in the Form of Practice"). A Change in the Form of Practice may also be combined with a change of entity understood as a change of the unit/organizational structure where the profession is practiced, or of its personal composition (e.g., transfer to another organizational unit) ("Change of Entity"). This raises ethical implications which boil down to the question of how an attorney-at-law should act in this situation in relation to his/her clients and colleagues, particularly in connection with the cases handled to date.

As opposed to legal regulations,² these phenomena have so far escaped ethical regulations that would directly address them. They have also rarely been of interest to the professional literature.³ The Code of Ethics of Attorneys-at-Law ("CEAL")⁴ does not expressly govern the rules of conduct during a Change of the Profession or Change in the Form of Practice (including a Change of Entity). Even if some of the CEAL principles (especially

² This article does not analyze the phenomenon of professional movement of persons from the perspective of the laws regulating the practice of particular legal professions, including those holding public office, as this is beyond its scope. In particular, limitations in this respect may result from: Act of 6.07.1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws 2020, item 75, as amended) ("AAL"), Act of 21.08.1997 on restrictions upon conducting business activity by persons performing public functions, Code of administrative procedure, Code of civil procedure, Code of criminal procedure.

³ See: R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004; K. Mikołajczyk-Gaj, *Revolving door. Etyczne aspekty zmiany wykonywanego zawodu prawniczego*, [in:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy* 3, ed. H. Izdebski and P. Skuczyński, Warsaw 2013, pp. 104–113; S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę (revolving door). O etyce w praktyce*, blog dla prawników, www.oetycewpratyce.pl (accessed 17 March 2021).

⁴ Code of Ethics of Attorneys-at-Law (appendix to the resolution no. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22.11.2014).

independence, professional secrecy, conflict of interest, the dignity of the profession, loyalty, and trust), due to their scope of application, may cover the cases mentioned above, their normative (prescribed or prohibited) behavior has been and still is a rather poorly researched issue, both in practice and in the context of professional mobility. All this means that the above phenomena should become the focus of interest of professional ethics.

2. Change of the profession - moving from the public to the private sector

A change of the profession by a Lawyer moving from the public sector (judge, public prosecutor, notary public, bailiff, counselor of the State Treasury Solicitor's Office), as persons performing public functions (Article 115 § 13 and 19 of the Penal Code) to the private sector in order to practice as an attorneys-at-law is subject to narrow regulation under the CEAL.

When governing conflicts of interest, the CEAL takes into account the context of professional mobility in the above regard. An attorney-at-law may not provide legal assistance if he/she previously participated in a case as a representative of public authorities or a person performing a public function (Article 27 point 1 of the CEAL). This is a general and unconditional prohibition on providing legal assistance in either a potential or a real conflict of interest. This regulation, despite its imprecise wording,⁵ applies *inter alia* to judges, public prosecutors, notaries, and bailiffs who have moved to the attorney-at-law profession (private sector) as so-called public officials (Article 115 § 13 of the Penal Code). The expression "participated in a case" should be understood as forming an attitude to the case through participation in it, i.e., substantive (preparation, decision-making), formal (supervision, control), and even organizational or material-technical participation, if there was an opportunity to become acquainted with the case.⁶ However, could the commencement of practicing the profession of an attorney-at-law in a multi-person organizational structure by a Lawyer listed in Article 27 point 1 of the CEAL give rise to a conflict of interest for all other participants in that structure concerning its client, whose interests are in conflict with the attorney-at-law associated with the Lawyer joining the structure? This is not out of the question, but such a conflict will not arise automatically.⁷ The case at hand requires an individual assessment in light of

⁵ "Exercising a public function" is equivalent to "performing a public function" and corresponds to the legal definition in Article 115 § 13 and § 19 of the Penal Code. The expression "public authority bodies" should be understood as bodies having statutory powers (legislative, judicial, or executive), being organs of the state, local government, professional self-governments, civic organizations, or religious associations – if the statute confers such powers on them (see Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland). However, it is underdetermined and overlaps with "performing a public function". As a result, it may raise problems of interpretation. See: K. Mikołajczyk-Gaj, *Revolving door...*, p. 108; S.W. Ciupa: *Przejsście na drugą stronę...*

⁶ See: S.W. Ciupa: *Przejsście na drugą stronę...*

⁷ There is no relevant regulation, except for the exercise of professional activities abroad or contacts with lawyers in member states of the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), as the CCBE Code applies (Article 2 of the CEAL).

Articles 26–27 of the CEAL. One should take into account the opinion about the client’s case formed as a result of the public function performed in the past office and knowledge gained about the case on the basis of prior relationships and networks of contacts. Additionally, one should also assess its impact on the observation of the duty of independence, professional secrecy, and loyalty to the client resulting from ethical regulations binding the Lawyer previously and currently, also after ceasing the practice of the previous profession (Articles 8 and 10 of CEAL).

Relationships and networks of contacts from the professional past can be no less troublesome when changing a profession. Their impact on the practice of the new profession should be assessed from the perspective of maintaining independence and avoiding conflicts of interest. Continued relationships and contacts from the professional past are not prohibited as long as they do not bring harm to the maintenance of autonomy in the performance of professional activities. When performing his/her professional activities, an attorney-at-law must be free from all past influences resulting from his/her personal interests, external pressure, and interference by any party or for any reason as well as orders, suggestions, or directions (Article 7 of the CEAL). The expectations of third parties also must not be met in violation of the rules of professional ethics (e.g., acting “under dictate” or “favoring” third parties). This does not imply any obligation to completely break with the previous professional environment, this would be an absurd, unreasonable, and disproportionate requirement. Personal relationships of this kind may also involve conflicts of interest (Article 10 of the CEAL). In particular, these are relationships of proximity or other relations (e.g., economic or financial) which may affect the conduct of the case (Article 27 point 5 of the CEAL) or its outcome (Article 15 of the AAL⁸). Thus, when providing legal assistance, one should be guided by law, one’s own judgment, and content-related reasons as well as by the welfare and interest of the client, disregarding any reference to the previous professional environment. Independence, however, does not imply the absence of bias and self-interest characteristic of the duties of public authority – on the contrary, a former public official, now acting as an attorney-at-law, is no longer impartial because he/she acts in the interest of the client.

Because of the prior public function of an attorney-at-law, his/her current relationship with courts and other public authorities takes on particular significance. An attorney-at-law may not publicly display his/her personal attitude towards employees of the judiciary, authorities, or other institutions before which he/she appears (Article 49 of the CEAL). This is in order to maintain a healthy professional distance with persons from the previous working environment when performing professional activities or being in public situations. This involves observing higher standards of professional culture towards such persons, i.e., not only maintaining an atmosphere of order, seriousness, and calm but also showing respect, lack of protectionism or disrespect as well as the culture of speech (professionalism, matter-of-factness, moderation, tact, restraint, prohibition of unjustified criticism or other negative statements, even in response to illegal or unacceptable behavior by such persons – Article 39 of the CEAL). On the other hand, there is the prohibition of relying on acquaintances or other sorts of influence with persons

⁸ Act of 6.07.1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws 2020, item 75, as amended) (“u.r.p.”).

from the previous professional environment by showing public intimacy or confidence in contacts and refraining from behavior or gestures that could be externally perceived as familial or indicate connections (Article 49 of the CEAL).⁹ It is also important to take care of the dignity of the profession in all relations with institutions or persons from the professional past (Article 11.1 and 11.2 of the CEAL).

A change of the profession also affects informing about the profession and acquisition of the clients (Articles 31–33 of the CEAL). Pursuant to the provisions of Article 31.3 point 3 of the CEAL, it is allowable to provide information about the professional CV, functions and positions held, professional experience, and skills that may relate to the professional past. In communicating such information, however, great care should be taken and excessive detail, as well as exaggerated “self-praise” of the professional past, should be avoided. Due to its content, form, place, manner, or context of dissemination, information regarding the public past may not be misleading (Article 32 point 1 of the CEAL) or suggest that there is some connection with the previously practiced profession, or that it may be used in the interest of the client (so-called relying on influence or other connections – Article 32 point 3 of the CEAL), or result in greater effectiveness of the exercised professional activities, including making unreliable guarantees or promises in this respect. To the extent that such conduct controls, in effect, the client’s behavior in a manner desired by the attorney-at-law, but not necessarily beneficial to the client – it is a manifestation of restricting the client’s freedom of choice (Article 32 point 3 of the CEAL). In turn, soliciting clients using old “institutional” relationships or networks of contacts may be contrary to good morals, as is interfering with the principles of fair peer competition (Article 33.2 of the CEAL) or being disloyal to colleagues (Article 50.1 of the CEAL).

3. Change of the profession – moving from the private to the public sector and within the private sector

A change of the profession involving the movement of an attorney-at-law from the private to the public sector (judge, public prosecutor, notary, bailiff, counselor of the State Treasury Solicitor’s Office) and within the private sector (from advocate to attorney-at-law or vice versa¹⁰) remains, with a certain exception, outside the scope of the CEAL regulation. The above-mentioned exception concerns the obligation to maintain professional secrecy, which does not expire in time despite the cessation of practicing the profession of an attorney-at-law (Article 17 of the CEAL). This means that the above obligation applies after the aforementioned movement to the same extent and scope as when practicing as an attorney-at-law. The information covered by this obligation

⁹ See: S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

¹⁰ If an advocate begins to practice the profession of an attorney-at-law, he/she may not practice the previous profession but, while remaining on the list of advocates, is subject to both the rules of advocate ethics as well as the ethics of attorneys-at-law (so-called double professional deontology).

cannot, therefore, be disclosed or used in one's own or another's interest in connection with and during the practice of the new profession.¹¹ Ethical regulation thus protects only in a general way and regarding the unauthorized use of professional secrecy in a new profession, without the context of professional mobility.

4. Change in the Form of Practice and Change of Entity

A Change in the Form of Practice may occur with or without a Change of Entity. Merely converting the legal form of a company (e.g., a partnership into another partnership) or an organizational unit or changing the legal basis for the employment of an attorney-at-law within the same organizational unit, does not result in a Change of Entity. Such an entity continues its operation in a new form but with the same personal composition. A Change of Entity occurs, however, in the event of the transformation of a law firm into a partnership, sale/acquisition of a law firm/partnership, or transfer of an attorney-at-law from the current organizational unit to another organizational unit (change of the organizational unit). From the ethical point of view, it is important whether and how a Change in the Form of Practice or a Change of Entity affects persons jointly practicing or collaborating in the practice of the profession ("Personal Composition"). Specifically, it is about the impact of Personal Composition on the client portfolio after the change.

In the event of a Change in the Form of Practice, particularly related to a Change of Entity, the attorney-at-law should take into account the problem of conflicts of interest resulting from the previously performed public function as well as changes in the client portfolio and Personal Composition.

If an attorney-at-law moves from the public to the private sector, the previously performed public function (as an employee of the government administration, another state or local government authority, or as an employee in an organizational unit that disposes of public funds – Article 115 § 13 and Article 19 of the Penal Code) may lead to a conflict of interest in the event of a Change in the Form of Practice (including the one related to a Change of Entity) (Article 27 point 1 of the CEAL – see section 2 above in this respect).

Changes in the client's portfolio may lead to a conflict of interest due to a potential threat or real violation of professional secrecy as well as the knowledge of the former client's affairs that would give an undue advantage to another client (Article 26.1 of the CEAL). This involves the use of information obtained from the client in connection with the practice in the previous/new structure for the benefit of the new/old client in a manner that threatens or prejudices the interests of one of such clients. It is also unacceptable for the same attorney-at-law or two different attorneys-at-law from the same professional structure to act for clients with conflicting interests (including litigation opponents) in the same or a related case. This is a behavior that may lead to a conflict of interests (Articles 28 and 29 of the CEAL), is disloyal (lack of care for realization of the client's interests

¹¹ S.W. Ciupa, *Przejście na drugą stronę...*

and will – Articles 8 and 10 of the CEAL), and undermines trust in attorneys-at-law (as it negatively affects the authority and image of an attorney-at-law as a professional acting independently, without conflicts, for the good of the client, loyally, and in trust towards the client – Article 11.1 and 11.2, and Article 45 of the CEAL).

It should also be verified whether the Personal Composition resulting from the Change in the Form of Practice or Change of Entity Composition gives rise to a conflict of interest. On the one hand, it must be determined whether external and internal relationships with the client's opponents or third parties (e.g., affectional, neighborly, or social ones) or other relationships (e.g., economic, financial) affect the conduct or outcome of the case (Article 15 of the AAL and Article 27 point 5 of the CEAL). Third parties may include persons from the old or new Personal Composition, who have an interest in the outcome of the case, in particular with regard to the principles and manner of distribution of amounts received from clients or other financial settlements – should it lead to a material interest of these persons in the outcome of the case, even without participation in its conduct. On the other hand, the question is whether, in connection with the joint practice of the profession in a new Personal Composition on behalf of the same client, there will be any case giving rise to a conflict of interest, even for a single member of the Personal Composition (Article 27 point 4 of the CEAL). Although the CEAL does not regulate the principle of automatic “imputing” a conflict of interest of one attorney-at-law to other attorneys-at-law in the same multi-person professional structure, it is possible that such a conflict may occur.

Even the absence of a conflict of interest related to the Change in the Form of Practice or Change of Entity does not release an attorney-at-law from the obligation to verify whether accepting a case or its continuation in a changed professional structure will not result in a loss of independence (Article 7 of the CEAL) or the client's trust (Article 11.1 and 11.2, and Article 45 of the CEAL) and whether it is loyal to the client. Commencing practice in a new professional structure must be free of influences from the professional past. Previous or new professional and nonprofessional relationships and networks of contacts related to professional activities may not affect their performance in a way that would limit the autonomy of professional activities. It is based on maintenance of loyalty to the client, i.e., care about the client's interests and will (Articles 8 and 10 of the CEAL), however, without violating the rules of ethics in order to meet the expectations of the client or third parties, e.g., a new partnership or organizational unit (Article 7.3 of the CEAL). Loyalty to the client is about serving his/her best interests, and purposeful and focused action for the benefit of the client as well as mutual trust. Trust is fundamental in relationships with clients, and its absence justifies termination of the order and power of attorney (Article 45 of the CEAL). Without the client's trust, professional activities cannot be fully and effectively performed.¹²

Changes of Entity, including those combined with a Change in the Form of Practice, may result in the termination of collaboration between attorneys-at-law. However, this does not terminate the obligation of maintaining loyalty and a fellowship attitude towards colleagues from the old Personal Composition (Article 50.1 and 50.2 of the CEAL).

¹² See: *Ibidem*.

Loyalty in this context means acting with honesty and integrity towards colleagues as a collaboration ends, especially in the case of a change in the client portfolios and in view of market competition. Clients should be informed about the end of a collaboration. They are also free to decide which attorney-at-law they want to continue working with. In such a situation, it is also necessary to observe the rules of conduct in the case of resignation from the existing collaboration (Articles 45 and 47 of the CEAL) and joining or taking over clients' cases from colleagues (Article 53.1 and 53.2 of the CEAL). In addition, one should also observe the rules governing the transfer of client information and records (Articles 53.3 and 59 of the CEAL) as well as settlements with the clients (Articles 36.5 and 53.4 of the CEAL). One cannot take actions with a view to deprive another attorney-at-law of employment or lose a client unless it results from the obligations provided for by law or from permitted client solicitation (Article 50.3 of the CEAL). Honest peer concretion after the termination of collaboration also means a prohibition of direct comparison of the quality of professional activities with the colleagues from the professional past (Article 32 point 5 of the CEAL) and a prohibition of negative assessments (criticism or opinions) of former colleagues that are not based on truth and public interest (Article 52.3 and 52.4 of the CEAL).

Fellowship, on the other hand, means a duty to maintain respect, friendliness, courtesy, good manners, moderation, and tact, to not violate dignity, and to help each other (within the limit of the client's interest) – in mutual relations despite the split (Article 12.3, Articles 48 and 57 of the CEAL).

5. Summary

In summary, the CEAL does not automatically and directly regulate the Change of the Profession or Change in the Form of Practice (including Change of Entity). It directly regulates the context of professional mobility only to a narrow extent (professional secrecy – Article 17 and conflict of interest – Article 27 point 1 of the CEAL). The possibility of indirect application of several other principles of professional ethics (in particular independence, the dignity of the profession, loyalty, and trust) in this regard does not seem to be sufficient. This results in an increasing regulatory and ethical uncertainty, including the problem of utilizing relationships or networks of contacts from the professional past, and avoiding the associated restraints on independence, conflicts of interest, or loyalty. It also provokes the question of whether increased professional mobility of Lawyers Changing the Profession or the Form of Practice (including within the framework of Change of Entity) should encounter a regulatory “gap” or “vacuum” and be left only to the ethical and situational sense.

Bibliography

Literature

Ciupa S.W., *Przejdźcie na drugą stronę (revolving door). O etyce w praktyce*, blog dla prawników, www.oetycewpratyce.pl (accessed 17 March 2021).

Mikołajczyk-Gaj K., *Revolving door. Etyczne aspekty zmiany wykonywanego zawodu prawniczego*, [in:] *Etyka prawnicza Stanowiska i perspektywy 3*, ed. H. Izdebski and P. Skuczyński, Warsaw 2013.

Sarkowicz R., *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004.

Legal acts

Act of 6.07.1982 on attorneys-at-law (consolidated text published in Journal of Laws of 2022, item 1166).

Other

Code of Ethics of Attorneys-at-Law – Appendix to the resolution no. 3/2014 of the Extraordinary National Convention of Attorneys-at-Law of 22.11.2014.

Katarzyna Małysa-Sulińska¹

Jagiellonian University

ORCID ID: 0000-0002-6406-8851

Marcin Wujczyk²

Jagiellonian University

ORCID ID: 0000-0002-4620-4899

SUSPENSION OF ACTIVITIES CONDUCTED IN THE FORM OF A LAW FIRM OF ATTORNEY-AT-LAW IN CONNECTION WITH TAKING CARE OF A PERSON WITH DISABILITIES

ABSTRACT

The article analyzes normative regulations relating to the possibility of establishing the right to a benefit for a caregiver of a person with disabilities in the case of suspension of business activity conducted by an attorney-at-law. It outlines how to practice law as an attorney-at-law, suspend activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law, as well as types of benefits for a caregiver of a person with disabilities, and the premises determining those benefits.

Keywords: ways of practicing the profession of an attorney-at-law; suspension of the activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law; types of benefits for a caregiver of a person with disabilities; not taking up or resigning from employment or other gainful activities

1 Ph.D., professor in the Department of Local Government Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, full-time member of the Local Government Appeal Board in Kraków.

2 Ph. D., Chair of Labor Law and Social Policy at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University; attorney-at-law.

1. Introduction

Recently, the need for changes in normative regulations relating to the support provided by the State to caregivers of people with disabilities has been raised. It is pointed out that this care is often provided by individuals who have the competence, education, and potential to perform work or other gainful activities in a manner that does not impede the care of the person with a disability. It is also argued that the changing conditions of work, including the dynamic development of modern technologies enabling professional activities to be carried out at home, are conducive to such organization of the work that makes it possible to combine the duties of a caregiver of a person with disabilities with professional activities.³

In the current normative state, the care benefit can only be granted if the caregiver of a person with disabilities is an economically inactive person, as the establishment of the right to this benefit is determined by not taking up or resigning from employment or other gainful activity. In view of the above, it is necessary to analyze whether suspension of professional activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law meets this prerequisite or whether its fulfillment must involve termination of activities conducted in this form. One cannot ignore that taking the care in question is a new and uncertain situation for the caregiver of a person with disabilities, which he/she may not be able to cope with, and that often, the provision of such care is a temporary situation which lasts as long as it can be provided in a home environment. In such cases, it is reasonable for the attorney-at-law to temporarily suspend professional activities conducted in the form of a law firm, rather than to permanently discontinue them.

2. Running a law firm of attorney-at-law as one of the ways to practice as an attorney-at-law

Due to its special importance and the necessity to provide an appropriate level of legal assistance, the profession of the attorney-at-law may be practiced in the forms set forth in Article 8 of the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law.⁴ Thus, an attorney-at-law may work under an employment relationship, a civil law contract, in a law firm of an attorney-at-law, or in a civil law partnership, registered partnership, or limited partnership, where partners in the civil law partnership, registered partnership, and limited partnership can only be attorneys-at-law or attorneys-at-law and advocates as well as foreign lawyers practicing under the Act of 5 July 2002 on the provision of legal assistance by foreign lawyers in the Republic of Poland,⁵ and the sole object of such partnerships is to provide legal assistance. It should be emphasized that an attorney-at-law is obliged to

³ See the justification for the legislative initiative of the Senate of Tenth Term regarding the draft act amending the Act on family benefits, print no. 273, <https://www.senat.gov.pl/prace/druki/record,11138.html>.

⁴ Journal of Laws of 2020, item 75, as amended (hereinafter referred to as the AAL).

⁵ Journal of Laws of 2020, item 823 (hereinafter referred to as the AFL).

notify the council of the appropriate bar association of attorneys-at-law about the commencement of his/her professional practice and the forms of this practice, the name and address of the law firm or partnership as well as about any change of this information.

This article addresses activities carried out in the form of a law firm of attorney-at-law. It is defined in the rules of practicing the profession of attorneys-at-law as a form of practice in one's own name and for one's own account by a self-employed attorney-at-law.⁶ It should be noted that a business activity is understood as an organized profit-making activity, carried out on one's own behalf and in a continuous manner.⁷ An entrepreneur, in turn, is a natural person, a legal person, or an organizational unit not being a legal person, that is granted legal capacity by a separate act of law, conducting business activities.

The legal situation of entrepreneurs, including attorneys-at-law, is regulated by the provisions of the Act of 6 March 2018 – Entrepreneurs' Law.⁸ In fact, a person practicing in his/her own name and individually the profession of an attorney-at-law in an organized and continuous manner (by operating a law firm of attorney-at-law) is an entrepreneur within the meaning of the provisions of the aforementioned Act⁹ and, consequently, is subject to a number of the obligations set forth in that Act. At the same time, it should be emphasized that in a situation where a provision of a separate act stipulates that a particular type of business is a regulated activity, and the provision of services by an attorney-at-law is such an activity, the entrepreneur may perform it if he/she meets specific prerequisites set forth therein and has been entered in the register of regulated activities.¹⁰ Based on the regulations governing the business activity in question, the authority keeping the register of regulated activities shall make an entry at the request of the entrepreneur after the entrepreneur submits a statement that he/she meets the conditions required to carry out the activity.¹¹

Given the subject matter of this article, it should be pointed out that a business conducted in the form of a law firm of an attorney-at-law can be suspended. The suspension

⁶ See §2.5 of Appendix to Resolution No. 94/IX/2015 of the National Bar Council of Attorneys-at-Law of 13 June 2015, <https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2014/06/Uchwa%C5%82a-Nr-94-IX-2015-KRRP-z-13.05.2015-r.-w-spr.-Regulaminu-wykonywania-zawodu-radczy-prawnego.pdf>.

⁷ See: A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994, p. 30–32; C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warsaw 2010, p. 215; S. Koroluk, *Cechy działalności gospodarczej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* [in:] A. Powałowski, S. Koroluk, *Podjęmowanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005, p. 33; resolution of the Supreme Court of 30.11.1992, III CZP 134/92, OSNCP 1993, no. 5, item 79.

⁸ Journal of Laws of 2021, item 162, as amended (hereinafter referred to as the AEL).

⁹ T. Miłułka, M. Warchoń, *Ustawa – Prawo przedsiębiorców* [in:] *Konstytucja biznesu*, ed. A. Borkowski, addendum to *Dziennik Gazeta Prawna*, Warsaw 2018, p. 17; judgments of the Supreme Administrative Court of 20.09.2007, II FSK 1028/06, LEX no. 377519; of 16.11.2006, II FSK 1375/05, LEX no. 291825, and judgments of the Voivodeship Administrative Court in Kraków of 24.06.2008, I SA/Kr 671/07; Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 29.10.2008, III SA/Wa 962/08, Voivodeship Administrative Court in Kielce of 11.03.2010, I SA/Ke 131/10, and Voivodeship Administrative Court in Gdańsk of 27.01.2016, I SA/Gd 1725/15⁹ (judgment of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław of 4.08.2016, I SA/Wr 483/16, LEX no. 2100254).

¹⁰ See: Article 43.1 of the AEL.

¹¹ See: Article 43.2 of the AEL.

should be understood as a temporary stoppage of the entrepreneur's business activities.¹² This is because, as indicated in the AEL, an entrepreneur who does not employ workers may suspend his/her business operations.¹³ This right can also be exercised by an entrepreneur who employs only workers on maternity or parental leave.¹⁴

Business activities may be suspended for an indefinite or fixed period, however, not for less than 30 days.¹⁵ There is also no restriction on the possibility of suspending business operations before the date of application. The period of suspension begins from the date indicated in the application to enter information on the suspension of business activities and continues until the date indicated in this application or in the application for the resumption of business activities, or until the date of establishment of the successor administration.¹⁶

An entrepreneur who suspends business activities has a special status. On the one hand, during the period of suspension, he/she cannot conduct business activities or earn current income on this account, while on the other hand, he/she retains a number of rights. In particular, such an entrepreneur: may perform all activities necessary to preserve or secure the source of income, including termination of previously concluded contracts; may accept receivables and is obliged to settle liabilities that arose before the date of suspension of business activities; may dispose of his/her own fixed assets and equipment; has the right or obligation to participate in court proceedings, tax proceedings, and administrative proceedings related to business activities performed before the date of suspension; fulfill all obligations prescribed by law; may generate financial income, also from business activities carried out prior to the date of suspension; may be subject to inspection in accordance with the rules provided for entrepreneurs conducting business activities; may appoint or dismiss a successor administrator.¹⁷ This is because the suspension of business activities formally means, as pointed out in case law, the continued existence of the enterprise.¹⁸

The suspension of business activities carried out in the form of a law firm of attorney-at-law is temporary. Its aim is only to temporarily cease activities and – though it is not excluded that the suspension will result in the termination of such activities and removal from the register of entrepreneurs – indicates that in the future the activities in question will be resumed.¹⁹

12 A. Powałowski, *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej* [in:] *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, ed. A. Powałowski, Warsaw 2015, p. 376.

13 See: Article 22.1 of the AEL.

14 See: Article 22.2 of the AEL.

15 See: Article 23.1 of the AEL.

16 See: Article 24.2 of the AEL.

17 See: A. Piszcz, *Zawieszenie i wznowienie wykonywania działalności gospodarczej*, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2009, no. 10, p. 27–32; M.A. Waligórski, *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznowiania wykonywania działalności gospodarczej*, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2009, no. 8, p. 2–10.

18 See: judgment of the Voivodeship Administrative Court in Poznań of 25.05.2017, III SA/Po 150/17, LEX no. 2306735.

19 See: A. Powałowski, *Ocena regulacji prawnej zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej*, "Gdańskie Studia Prawnicze" 2010, no. 2, p. 339–348.

3. Non-taking up of or resignation from employment or other gainful activity as a prerequisite for determining the right to a benefit for a caregiver of a person with disabilities

Currently, there are three types of benefits for caregivers of people with disability certificates. The provisions of the Act of 23 November 2003 on family benefits²⁰ include two types of such benefits, namely: nursing benefit and special care allowance,²¹ while the Act on establishment and payment of caregiver benefits provides for the caregiver allowances.

The first of the benefits intended for caregivers, namely the nursing benefit, was introduced by the legislator in order to provide material support to persons resigning from professional activity and taking care of persons with disabilities, and the regulation in this regard is included in Article 17 of the AFB. In connection with the need to adapt systemic solutions to social needs and the state's financial capabilities, this regulation – by the provisions of the Act of 7 December 2012 amending the Act on family benefits and certain other acts²² – was significantly amended as of 1 January 2013 by indicating that the benefit in question is due only if the disability of the person requiring care occurred no later than by 18 years of age or during education at school or higher school, however, by no later than 25 years of age.²³ As of 1 January 2013, provisions of the aforementioned act also introduced a new type of care benefit,²⁴ i.e. special care allowance, and at the same time established a transitional period entitling persons who acquired the right to a care benefit on the basis of regulations in force before 1 January 2013, to receive it for a period of 6 months from the date of its entry into force, i.e., until 30 June 2013.²⁵ After that date, decisions granting the right to the nursing benefit, issued on the basis of the regulations in force before 1 January 2013, were to expire by virtue of law.²⁶ The Constitutional Tribunal found the regulations of the Act amending the AFB 2012 as incompatible with the Constitution of the Republic of Poland. The Tribunal pointed to the necessity of restoring the right to the nursing benefit to those who lost it as of 1 July

²⁰ Journal of Laws of 2022, item 615, as amended (hereinafter referred to as the AFB).

²¹ See: Article 2.2 of the AFB. The legislator further distinguishes another type of care benefit, and that is the nursing allowance, but this is a benefit related to the person of the recipient and granted in order to partially cover expenses arising from the need to provide care and assistance of another person in connection with inability to live independently (more on the nursing allowance, see A. Kawecka [in:] K. Małysa-Sulińska, A. Kawecka, J. Sapeta, *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 241 et seq.).

²² Journal of Laws, item 1548, as amended (hereinafter referred to as the Act amending the AFB 2012).

²³ See: Article 17.1.b of the AFB. It should be noted at the same time that – by the judgment of the Constitutional Tribunal of 21 October 2014, ref. no. K 38/13 – this provision, insofar as it differentiates the right to the nursing benefit for persons taking care of a person with disabilities after the age specified in this provision due to the moment when the disability occurred, was found to be incompatible with Article 32.1 of the Polish Constitution.

²⁴ Until the end of 2012, Article 2 point 2 of the AFB distinguished between two types of care benefits, namely: nursing allowance and nursing benefit.

²⁵ See: Article 11.1 of the Act amending the AFB 2012.

²⁶ See: Article 11.3 of the Act amending the AFB 2012.

2013.²⁷ As a consequence of the above,²⁸ the caregiver's allowance was introduced by the Act of 4 April 2014 on the establishment and payment of caregiver benefits, i.e., a new benefit available to persons who lost the right to the caregiver benefit as of the end of the first half of 2013 due to the expiration of the decision granting this right under the law.

In view of the above, it should be pointed out that, in accordance with the current regulations in this area, all the indicated benefits can be granted to the caregiver of a person with disabilities who, in connection with the care taken of a person having a certificate of significant disability or a certificate of disability including indications for: the need for permanent or long-term care or assistance of another person in connection with a significantly limited ability to lead an independent life, and the need for permanent co-participation on a daily basis of the child's caregiver in the process of treatment, rehabilitation, and education, does not take up employment or other gainful activity, or resigns from employment or other gainful activity.²⁹

It should be noted that the nursing benefit may be granted, in the absence of negative premises for its determination,³⁰ to the mother or father, to the child's actual guardian, to a person who is a related foster family within the meaning of the Act of 9 June 2011 on the family support and the system of foster care,³¹ to another person who, in accordance with the provisions of the Act of 25 February 1964 – Family and guardianship code,³² is under an alimony obligation, with the exception of persons with a significant degree of disability.³³ The legislator's assumption was that the granting of the right to nursing benefit as of 1 January 2013 was to be determined by the moment when the disability of the person requiring care occurred, which, as already mentioned above, the Constitutional Tribunal found to be incompatible with the Constitution of the Republic of Poland, and at the same time not conditional upon family income.³⁴ In addition, the legislator

27 See: judgment of the Constitutional Tribunal of 5 December 2013, K 27/13, Journal of Laws, item 1557, in which provisions of Article 11.1 and 11.3 of the Act amending the AFB 2012 were found to be incompatible with Article 2 of the Polish Constitution.

28 Journal of Laws, item 567 (hereinafter referred to as the ACB).

29 It should be noted in this regard that arguments are put forward that making the decision on the granting of a benefit to a caregiver of a person with disabilities conditional on the caregiver's not taking up or giving up employment or other gainful activity is groundless (see the legislative initiative of the Senate of the Tenth Term regarding the draft act amending the Act on family benefits, print no. 273, <https://www.senat.gov.pl/prace/druki/record,11138.html>).

30 Negative prerequisites for determining the right to a special care allowance are set forth in Article 17.5 of the AFB (see: A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, K. Małyśa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 281 et seq.; B. Chłudziński [in:] *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, P. Rączka, Warsaw 2021, p. 438 et seq.).

31 Journal of Laws of 2022, item 447 (hereinafter referred to as the AFS).

32 Journal of Laws of 2012, item 788, as amended (hereinafter referred to as the FGC).

33 See: Article 17.1 of the AFB. See also: Article 17.1a of the AFB, in which prerequisites for granting a nursing benefit to persons other than those related in the first degree to the person in need of care are listed (see A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małyśa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 272 et seq.).

34 More on the nursing benefit, see A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska [in:] K. Małyśa-Sulińska, A. Kawecka, J. Sapeta, *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małyśa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 269 et seq.

established the amount of this benefit at a significantly higher amount than other care benefits. Currently, the nursing benefit amounts to PLN 2119.00 per month³⁵ and is subject to annual valorization.³⁶

On the other hand, the special caregiver allowance is available, in the absence of negative prerequisites for its granting,³⁷ either to a person who, according to the provisions of the FGC, is under an alimony obligation or to the spouse of a person with disabilities.³⁸ Granting of the benefit in question, in the amount of PLN 620.00 per month,³⁹ depends – unlike in the case of the nursing benefit – on the amount of income⁴⁰ calculated jointly for the family of the person providing care and the family of the person requiring care.⁴¹

The caregiver allowance is granted to a person who, due to the expiration, by virtue of law, of the decision granting the right to the caregiver benefit, lost the right to the benefit in question as of 1 July 2013,⁴² and who met the prerequisites for receiving it as set forth in the AFB in the wording effective on 31 December 2012.⁴³ Furthermore, if the caregiver of a person with disabilities is a farmer, farmer's spouse, or farmer's household member within the meaning of the provisions of the Act of 20 December 1990 on the social insurance of farmers,⁴⁴ the benefit in question is granted if they cease to run a farm or work on a farm,⁴⁵

35 See: the announcement of the Minister of Family and Social Policy of 27 October 2021 on the amount of nursing benefit in 2022, Official Gazette of 2021, item 1021.

36 Pursuant to Article 17.3a, the amount of the nursing benefit is subject to annual valorization as of 1 January and, as indicated in Article 17.3b of the AFB, the valorization consists of increasing the amount of the nursing benefit by the valorization index. The valorization index is the percentage increase in the minimum wage, as referred to in the Act of 10 October 2002 on the minimum wage (Journal of Laws of 2020, item 2207), effective as of 1 January of the year in which the valorization takes place, in relation to the minimum wage in effect on 1 January of the year preceding the year in which the valorization takes place.

37 Negative prerequisites for granting the right to the special care allowance are listed in Article 16a.8 of the AFB (see: A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 261 et seq.; B. Chłudziński [in:] *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, ed. P. Rączka, Warszawa 2021, p. 415 et seq.).

38 See: Article 16a.1 of the AFB (more on this, see A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 255 et seq.).

39 See: § 1.14 of the Regulation of the Council of Ministers of 13 August 2021 on the amount of family income or learner's income constituting the basis for claiming family allowance and special caregiver allowance, the amount of family benefits, and the amount of allowance for caregivers, Journal of Laws, item 1481.

40 Pursuant to Article 16a.2 of the AFB, this income per capita may not exceed the amount referred to in Article 5.2 of the AFB, with the provisions of paragraphs 4 to 9 of this Article applied accordingly.

41 See more on the special care allowance: A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 254 et seq.; B. Chłudziński [in:] *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, ed. P. Rączka, Warsaw 2021, p. 400 et seq.

42 See: Article 2.1 of the ACB.

43 See: Article 2.2 of the ACB. As for Article 17.1 of the AFB in the wording effective on 31 December 2012, see K. Małysa-Sulińska, *Wygaśnięcie decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jako przesłanka ustalenia prawa do zasiłku dla opiekuna*, "Causus" 2015, no. 76, p. 40.

44 Journal of Laws of 2021, item 266, as amended.

45 See: Article 3.1 of the ACB.

and confirm it by submission of an appropriate statement.⁴⁶ Currently, the caregiver allowance amounts to PLN 620.00 per month,⁴⁷ and this amount corresponds to the amount of the special care allowance.⁴⁸

4. Suspension of business activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law and the possibility of receiving the benefit for the caregiver of a person with disabilities

The above-mentioned benefits for the caregiver of a person with disabilities, as already indicated above, depend upon not taking up or giving up employment or other gainful activity. By design, these benefits have the nature of compensation for the person who, in connection with the care taken of a person having a certificate of significant disability or a certificate of disability including indications for: the need for permanent or long-term care or assistance of another person in connection with significantly limited ability to lead an independent life, and the need for permanent co-participation on a daily basis of the child's caregiver in the process of treatment, rehabilitation, and education, resigns from the professional activity. Thus, it seems indisputable that there should be a cause-and-effect relationship between resigning from the professional activity and taking care of a person with disabilities.⁴⁹

With the above in mind, it should be pointed out that, according to the definition contained in Article 3 point 22 of the AFB, employment or other gainful activity should be understood as, *inter alia*, conducting non-agricultural business operations, and, as indicated above, professional activities of attorneys-at-law carried out in the form of a law firm, should also be seen as such. The question that needs to be answered, therefore, is whether suspension by the attorney-at-law of the business run as a law firm can be considered as meeting the prerequisite for giving the right to the benefit to a caregiver of a person with disabilities. Two opposing views are presented in this regard. According to the first one, the concept of resignation from employment or other gainful activity should be interpreted strictly, because it involves specific legal relations, not factual

⁴⁶ Pursuant to Article 3.2 of the ACB, cessation of running a farm or working on a farm is confirmed by an appropriate statement made under penalty of criminal liability for making false statements. The person submitting the statement is obliged to include the following clause: "I am aware of the criminal liability for making a false statement." This clause replaces the authority's instruction on criminal liability for making false statements.

⁴⁷ See: § 1.14 of the Regulation of the Council of Ministers of 13 August 2021 on the amount of family income or learner's income constituting the basis for claiming family allowance and special caregiver allowance, the amount of family benefits, and the amount of allowance for caregivers, *Journal of Laws*, item 1481.

⁴⁸ More on the caregiver allowance, see: K. Małyssa-Sulińska, *Wygaśnięcie decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jako przesłanka ustalenia prawa do zasiłku dla opiekuna*, "Casus" 2015, no. 76, p. 36 et seq.

⁴⁹ See: A. Kawecka, K. Małyssa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małyssa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 256–257.

circumstances. When justifying this position, it is argued that a person who merely suspended business activities without deleting his/her entry from the relevant register does not meet the condition of resignation from employment or other gainful activity since he/she continues to be an entrepreneur, submits returns, fulfills the obligations related to the business operations up to the date of the suspension, despite the fact that he/she does not provide his/her services and does not receive remuneration on this account.⁵⁰

According to the second position, suspension of business activities meets the condition of resignation from employment or other gainful activity. In support of this position, it is pointed out that, according to Article 25.1 of AEL, during the period of suspension of business activities the entrepreneur may not carry out business operations and earn current income from non-agricultural business activity. Therefore, as indicated in the case law of the administrative courts, suspension of business activities should be considered a *de facto* abandonment of their performance.⁵¹

With the above in mind, it should be noted that an attorney-at-law who suspends his/her business activities in the form of a law firm does not lose the right to practice the profession, as this requires submission of a separate application to the competent bar association of attorneys-at-law for deletion from the list of attorneys-at-law.⁵² In our opinion, however, this is not a circumstance that would contradict the possibility of considering that the suspension of activities conducted in the form of a law firm of attorney-at-law

⁵⁰ See: the position of the local government board of appeals presented, *inter alia*, in the judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 10 September 2021, II SA/Gl 569/21, LEX no. 3225838, or in the judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 2 September 2021, II SA/Go 568/21, LEX no. 3225411. It is additionally worth pointing out that arguments for this view are also provided by an assessment of the fulfillment of the premise consisting in the resignation from employment under a contract of employment. The Supreme Administrative Court pointed out that systemic considerations do not provide grounds for assuming that the legislator intended to equate the loss of income from employment with the resignation from work. This is contradicted by the fact that the law knows the concept of the income loss. In particular, it is the loss of income caused by becoming eligible for parental leave, and this situation is not the same as the loss of employment or other gainful activity. As regards the interpretation of Article 3.22 of the AFB, the Supreme Administrative Court stressed that the definition of employment or other gainful work serves to define the legal basis on which work can be performed and links the defined concept to certain legal relations, not factual circumstances, in particular to the actual performance of professional activities, provision of services, or the actual conduct of business activity (see judgment of the Supreme Administrative Court of 10 August 2020, I OSK 467/20, LEX no. 3046201).

⁵¹ See: judgment of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 27 September 2012, I SA/Wa 1596/12, LEX no. 1232715; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 27 February 2019, I SA/Wa 2234/18, LEX no. 3012798; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 10 July 2021, II Sa /I 569/21, LEX no. 3225838; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Łódź of 29 January 2021, II SA/Łd 337/20, LEX no. 3121137. See also: A. Kawecka, K. Małysa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 279.

⁵² Deletion from the list of attorneys-at-law – in accordance with Article 29 of the AAL – may also take place in the event of even partial limitation of the legal capacity, loss of public rights by virtue of a court judgment, failure to pay membership fees for more than one year, death of an attorney-at-law, a disciplinary ruling, or a court judgment on deprivation of the right to practice as an attorney-at-law. The council of the district bar association of attorneys-at-law – as set forth in Article 29¹ of the AAL – adopts a resolution on deletion from the list of attorneys-at-law within 30 days of becoming aware of the occurrence of an event justifying this action.

meets the prerequisite of resignation from employment or other gainful activity. This view is supported by several arguments. First of all, it is important to once again note the goal of the care benefits in question, which is to provide material support to persons who give up work in order to take care of persons with disabilities. Thus, the benefits cited above are intended to replace income from gainful activity that the caregiver cannot undertake. Thus, they are compensation for the loss of earning capacity and support for those who take on the fulfillment of the obligations incumbent on the state at the expense of their own opportunities for professional activity.⁵³ A person who suspends his/her business is in such a situation, that is, he/she loses his/her earning capacity. Thus, suspension of the business activity should be considered as its de facto abandonment. In fact, such a suspension, as indicated in the literature, should be regarded as a break in the conduct of business activity, which was forced by circumstances that prevented it from being conducted in an organized and continuous manner for the achievement of a profit-making goal.⁵⁴

Thus, bearing in mind, in particular, that during the suspension of activities performed in the form of a law firm, the attorney-at-law, though he/she may carry out certain activities typical of an entrepreneur, does not carry out professional activities and does not receive income on this account, it should then be assumed that the prerequisite of resignation from employment or other gainful activity, which determines the possibility of receiving the above-mentioned benefits for the caregiver of a person with disabilities, has been met. At the same time, a caveat should be made that an attorney-at-law who suspends business activities conducted in the form of a law firm is obliged to cease any other gainful activity.

The principle of equality before the law, enshrined in Article 32.1 of the Polish Constitution, also supports the assumption that the suspension of business activities meets the prerequisite for the possibility of receiving the above benefits for the caregiver of a person with disabilities. The Constitutional Tribunal repeatedly argued in its case law that the principle of equality means that all subjects of law (addressees of legal norms), characterized by a given essential (relevant) feature to an equal degree, are to be treated equally, i.e., according to an equal measure, without distinctions that can be both discriminating and favoring.⁵⁵ Given the lack of income, an attorney-at-law who suspends

53 See: A. Kawecka, K. Małyśa-Sulińska [in:] *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małyśa-Sulińska, Warsaw 2015, p. 270; B. Chłudziński, *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, Warsaw 2021, p. 423. See also: judgment of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław of 9.01.2020, IV SA/Wr 445/19, LEX no. 3010895; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Łódź of 17.01.2019, II SA/Łd 1058/18, LEX no. 2619142; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Białystok of 19.02.2019, II SA/Bk 820/18, LEX no. 2636594; judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 25.11.2019, II SA/Gl 970/19, LEX no. 2761325.

54 M. Wałigórski, *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznawiania wykonywania działalności gospodarczej*, "Przełęcz Ustawodawstwa Gospodarczego" 2009, no. 8.2, Teza nr 1.

55 See: judgment of the Constitutional Tribunal of 9 March 1988, ref. no. U 7/87, OTK 1988, no. 1, item 1. See also: judgment of the Constitutional Tribunal of 6 May 1998, ref. no. K 37/97, OTK 1998, no. 3, item 33; judgment of the Constitutional Tribunal of 20 October 1998, ref. no. K 7/98, OTK 1998, no. 6, item 96; judgment of the Constitutional Tribunal of 17 May 1999, ref. no. P 6/98, OTK 1999, no. 4, item 76; judgment of the Constitutional Tribunal of 4 January 2000, ref. no. K 18/99, OTK 2000, no. 1,

his/her law firm activities finds himself/herself in an identical situation as the entity terminating such activities. Therefore, compensation for the lost earnings is, as already stated above, the *ratio legis* for the determination of the above-mentioned benefits for the caregiver of a person with disabilities. Thus, there is no justification for treating the situations described above differently.

The jurisprudence also argues that a broad understanding of the provisions governing granting of the benefits to caregivers of persons with disabilities is supported by a pro-constitutional interpretation. It should be assumed that the principle of social justice (Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland) and the principle of the obligation to provide special assistance to families in a difficult material and social situation (Article 71.1, second sentence of the Constitution of the Republic of Poland) and persons with disabilities (Article 69 of the Constitution of the Republic of Poland) dictate that the provisions governing the granting of these benefits be interpreted so as to support those who undertake to take care of persons with disabilities and, consequently, to not adopt a formalistic understanding of the premise of giving up employment or other gainful activity as a prerequisite for obtaining the analyzed benefits.⁵⁶

5. Summary and conclusions

The analysis of the regulations cited above shows that the suspension of professional activities conducted by an attorney-at-law in the form of a law firm meets the premise of resignation from employment or other gainful activity. Thus, if such a person does not engage in other employment or gainful activity, then – subject to the fulfillment of the other statutory prerequisites – it is possible to grant him/her one of the above-described benefits for the caregiver of a person with disabilities. During suspension of the professional activities carried out in the form of a law firm, an attorney-at-law does not carry out professional activities and does not earn income on this account, and the very nature of benefits for caregivers of persons with disabilities boils down to compensation for earnings lost in connection with the care. Therefore, in the context of verifying the premise of resignation from employment or other gainful activity, it is irrelevant that during the suspension of activities conducted in the form of a law firm, an attorney-at-law is obliged to undertake certain activities typical of an entrepreneur. Adoption of a different interpretation of the presented regulations is hard to reconcile with the assumptions of the system of care benefits as well as the aforementioned principles enshrined in the Constitution of the Republic of Poland.

item. 1; judgment of the Constitutional Tribunal of 18 December 2000, ref. no. K 10/00, OTK 2000, no. 8, item 298; judgment of the Constitutional Tribunal of 21 May 2002, ref. no. K 30/01, OTK-A 2002, no. 3, item 32; judgment of the Constitutional Tribunal of 28 May 2002, ref. no. P 10/01, OTK-A 2002, no. 3, item 35; and judgment of the Constitutional Tribunal of 18 March 2014, ref. no. SK 53/12, OTK-A 2014, no. 3, item 32.

⁵⁶ See: judgment of the Supreme Administrative Court of 26 January 2022, I OSK 923/21, LEX no. 3322769.

Bibliography

Literature

- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warsaw 2010.
- Koroluk S., *Cechy działalności gospodarczej w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* [in:] A. Powalowski, S. Koroluk, *Podjęmowanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005.
- Małysa-Sulińska K., *Wygaśnięcie decyzji o przyznaniu prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jako przesłanka ustalenia prawa do zasiłku dla opiekuna*, “Casus” 2015, no. 76.
- Małysa-Sulińska K., Kawecka A., Sapeta J., *Ustawa o świadczeniach rodzinnych. Komentarz*, ed. K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2015.
- Mihułka T., Warchoł M., *Ustawa – Prawo przedsiębiorców* [in:] *Konstytucja biznesu*, ed. A. Borkowski, addendum to “Dziennik Gazeta Prawna”, Warsaw 2018.
- Piszcz A., *Zawieszenie i wznowienie wykonywania działalności gospodarczej*, “Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, no. 10.
- Powalowski A., *Ocena regulacji prawnej zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej*, “Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, no. 2A.
- Powalowski, *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej* [in:] *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, ed. A. Powalowski, Warsaw 2015.
- Rączka P. (ed.), Brzezicki T., Chludziński B., Główniczewska A., Kuczyński T., Maszewski Ł., Rokicka-Murszewska K., Sylwestrzak D., Zawacka-Klonowska D., *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, Warsaw 2021.
- Walaszek-Pyziół A., *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994.
- Waligórski M.A., *Prawo przedsiębiorcy do zawieszania i wznowiania wykonywania działalności gospodarczej*, “Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, no. 8.

Legal acts

- Act of 23 November 2003 on family benefits (Journal of Laws of 2022, item 615, as amended).
- Act of 25 February 1964 – Family and guardianship code (Journal of Laws of 2012, item 788, as amended).
- Act of 4 April 2014 on the establishment and payment of caregiver benefits (Journal of Laws of 2014, item 567).
- Act of 5 July 2002 on the provision of legal assistance by foreign lawyers in the Republic of Poland (Journal of Laws of 2020, item 823, as amended).
- Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws of 2020, item 75, as amended).
- Act of 6 March 2018 – Entrepreneurs’ law (Journal of Laws of 2021, item 162, as amended).
- Act of 7 December 2012 amending the Act on family benefits and certain other acts (Journal of Laws of 2012, item 1548, as amended).
- Act of 9 June 2011 on the family support and foster care system (Journal of Laws of 2022, item 447).

Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws of 1997, no. 78, item 483).

Regulation of the Council of Ministers of 13 August 2021 on the amount of family income or learner's income constituting the basis for claiming family allowance and special caregiver allowance, the amount of family benefits, and the amount of allowance for caregivers (Journal of Laws of 2021, item 1481).

Judgements

Judgment of the Constitutional Tribunal of 17 May 1999, ref. no. P 6/98, OTK 1999, no. 4, item 76.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 December 2000, ref. no. K 10/00, OTK 2000, no. 8, item 298.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 March 2014, ref. no. SK 53/12, OTK-A 2014, no. 3, item 32.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 20 October 1998, ref. no. K 7/98, OTK 1998, no. 6, item 96.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 21 May 2002, ref. no. K 30/01, OTK-A 2002, no. 3, item 32.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 21 October 2014, ref. no. K 38/13, OTK-A 2014, no. 9, item 104.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 28 May 2002, ref. no. P 10/01, OTK-A 2002, no. 3, item 35.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 4 January 2000, ref. no. K 18/99, OTK 2000, no. 1, item 1.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 5 December 2013, ref. no. K 27/13, Journal of Laws, item 1557.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 6 May 1998, ref. no. K 37/97, OTK 1998, no. 3, item 33.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 9 March 1988, ref. no. U 7/87, OTK 1988, no. 1, item 1.

Judgment of the Supreme Administrative Court of 10 August 2020, I OSK 467/20, LEX no. 3046201.

Judgment of the Supreme Administrative Court of 16 November 2006, II FSK 1375/05, LEX no. 291825.

Judgment of the Supreme Administrative Court of 20 September 2007, II FSK 1028/06, LEX no. 377519.

Judgment of the Supreme Administrative Court of 26 January 2022, I OSK 923/21, LEX no. 332276.

Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Białystok of 19 February 2019, II SA/Bk 820/18, LEX no. 2636594.

Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gdańsk of 27 January 2016, I SA/Gd 1725/15.

- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 10 November 2021, II SA/GI 569/21, LEX no. 3225838.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 10 September 2021, II SA/GI 569/21, LEX no. 3225838.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice of 25 November 2019, II SA/GI 970/19, LEX no. 2761325.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 2 September 2021, II SA/Go 568/21, LEX no. 3225411.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Kielce of 11 March 2010, I SA/Ke 131/10.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Kraków of 24 June 2008, I SA/Kr 671/07.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Poznań of 25 May 2017, III SA/Po 150/17, LEX no. 2306735.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 27 February 2019, I SA/Wa 2234/18, LEX no. 3012798.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 27 September 2012, I SA/Wa 1596/12, LEX no. 1232715.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw of 29 October 2008, III SA/Wa 962/08.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław of 4 August 2016, I SA/Wr 483/16, LEX no. 2100254.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław of 9 January 2020, IV SA/Wr 445/19, LEX no. 3010895.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Łódź of 17 January 2019, II SA/Łd 1058/18, LEX no. 2619142.
- Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Łódź of 29 January 2021, II SA/Łd 337/20, LEX no. 3121137.

Monika Florczak-Wątor¹

Jagiellonian University

ORCID ID: 0000-0002-4324-5652

ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE REMUNERATION POLICY FOR ATTORNEYS-AT-LAW WHO PROVIDE EX-OFFICIO LEGAL AID

ABSTRACT

The paper discloses the reasons why the principles of remunerating attorneys-at-law who provide legal aid ex officio do not meet constitutional standards as well as indicates the resulting legal consequences. The author concludes that differentiating the remuneration of attorneys-at-law appointed by a party to the proceedings and attorneys-at-law appointed by the court for the same activities undertaken as part of the legal aid provided is unconstitutional, especially in the light of the conclusions resulting from the analysis of the judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19. The paper also interprets the possible ways of removing the aforementioned unconstitutionality in the process of judicial application of the law, which may be significant before the compliance with the Constitution of the principles for remuneration of attorneys-at-law providing ex officio legal aid will be ensured by the legislator.

Keywords: fee, unconstitutionality, attorney-at-law, ex officio assistance, litigation

¹ Prof. dr hab. Monika Florczak-Wątor, full professor at the Department of Constitutional Law of the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, director of the Centre for Interdisciplinary Constitutional Studies at the Jagiellonian University, attorney-at-law of the Cracow Bar Association, author of numerous publications on constitutional law, constitutional judiciary, and human rights.

1. Introduction

Ex officio legal aid is an institution directly provided for in Art. 42 sec. 2 of the Constitution of the Republic of Poland, which guarantees everyone against whom criminal proceedings are conducted the right to defence at all stages of these proceedings, including the right to use a court-assigned defence attorney on the terms indicated in a statute.² Such a narrow regulation of legal aid ex officio does not mean that the broader application of this institution is not justified by constitutional norms, rules, and values. As the Constitutional Tribunal defines in its jurisprudence, “the issue of legal aid provided for the poor has a constitutional rank, and a rank resulting from international standards of human rights protection that are binding in Poland. And this does not only apply to criminal disputes but to all cases examined by the courts”.³ This type of legal aid is important from the perspective of everyone’s right to a fair hearing by a court (Art. 45 sec. 1 of the Constitution) as well as to prevent the closure of the judicial process of redressing violated freedoms or rights (Art. 77 sec. 2 of the Constitution).⁴ Providing each citizen with ex officio legal aid should also be perceived as an element of the state’s obligation to guarantee their security (Art. 5 of the Constitution), and more specifically – a sense of legal security in a situation where they do not know the law and are unable to cover the costs of legal assistance from a professional attorney.⁵ This thesis is supported by the settled case-law of the Constitutional Tribunal, by which it appears that “Providing legal aid to persons who, due to their financial situation, cannot afford to bear the costs of this assistance, is the responsibility of the public authority. This is one of the guarantees of providing the constitutional right to a fair trial”.⁶ Legal assistance granted ex officio may also be treated as a form of counteracting social exclusion by law of persons who do not have access to expert knowledge in the area of law, and thus as a form of practical implementation of the prohibition of discrimination (Art. 32 sec. 2 of the Constitution)⁷ and the principle of social justice (Art. 2 of the Constitution). As stressed by the Constitutional Tribunal, “The institution of legal aid provided ex officio, as well as exemptions from paying court fees, are *de facto* to mitigate the effects of economic inequality of entities, guaranteeing them equal access to court”.⁸ In turn, from the perspective of professional

2 For more on this subject, see M. Zubik, *Konstytucyjne aspekty prawa wyboru obrony i obrońcy w sprawach karnych w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [Constitutional aspects of the right to choose a defence and a criminal defence attorney from the perspective of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], “Europejski Przegląd Sądowy” 2019, No. 1, p. 11 ff.; P. Wiliński, *Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym* [The constitutional limits of the right to defence in a criminal trial], “Palestra” [“The Bar”] 2007, No. 5–6, p. 40 ff.

3 The judgment of the Constitutional Tribunal of 29 August 2006, SK 23/05.

4 See: the judgement of the Constitutional Tribunal of 16 June 2008, P 37/07.

5 Legal security, understood as a sense of legal stability, is also closely related to the principle of legal certainty derived from Art. 2 of the Constitution. See: *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz* [Arguments and legal reasoning in the constitutional state of law. A commentary], ed. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021, p. 250.

6 Constitutional Tribunal decision of 18 November 2014, SK 263/13.

7 See: the Constitutional Tribunal judgement of 29 August 2006, SK 23/05.

8 Constitutional Tribunal judgement of 16 June 2008, P 37/07.

attorneys, including attorneys-at-law, the issue of legal aid granted *ex officio* may be analysed in terms of the freedom to pursue their occupation (Art. 65 sec. 1 of the Constitution), including the admissibility of restricting this freedom (Art. 31 sec. 3 of the Constitution), and bearing in mind the specificity of the profession of an attorney-at-law as a profession of public confidence (Art. 17 sec. 1 of the Constitution).

The article aims to analyse only one aspect of the *ex officio* legal aid institution, namely the issue of remuneration of attorneys-at-law providing such assistance. This issue has been widely commented on for years both in the literature on the subject and in the public discourse. The framework of this study does not allow for a comprehensive approach to the entire range of problems related to low remuneration rates for representatives who are provided *ex officio*, regulating them by a regulation in a manner that goes beyond the framework of delegation of legislative powers, or shifting the burden of financing legal aid for poor people onto legal corporations. Only one research problem was selected for a more thorough analysis, namely that concerning the permissibility of differentiating the rules for determining the remuneration of attorneys-at-law. Thus, in the first part of the article, an attempt is made to reveal that it is a breach of the constitutional principle of equality to establish rates for attorneys-at-law provided *ex officio* at a lower level than the corresponding rates for attorneys of choice. In the second part of the paper, attention will be drawn to the possibility of the courts omitting the constitutionally questionable provisions of the regulation on rates for court-assigned attorneys and the legitimacy of determining their remuneration based on an analogous regulation on rates for attorneys of choice.

2. Legal regulation of the rules for determining the rates of attorneys-at-law

As a rule, the State Treasury covers the costs of legal aid provided by a court-appointed attorney-at-law.⁹ Detailed rules for incurring these costs are specified in the regulation by the Minister of Justice, after consulting the National Council of Attorneys-at-law, taking into consideration the method of determining these costs, the expenses constituting the basis for their determination, and the maximum amount of fees for the legal aid provided. It follows from the regulation currently in force, namely the regulation of 2016 on the remuneration of court-appointed attorneys-at-law,¹⁰ that the costs of unpaid legal aid incurred by the State Treasury include the fee determined in accordance with the provisions of this regulation as well as the necessary and documented expenses of an attorney-at-law appointed *ex officio*. At the same time, § 4 sec. 1 of the aforementioned regulation limits the amount of these expenses, indicating that the fee is set in the amount specified in further provisions of the regulation and within the limits set by

⁹ Art. 22³ sec. 1 of the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws of 2022, item 1166, as amended).

¹⁰ Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid provided by a court-appointed attorney-at-law (Journal of Laws of 2019, item 68, as amended); hereinafter: the regulation of 2016 on the remuneration of court-appointed attorneys-at-law.

the value of the subject matter of the case. Nevertheless, the possibility of determining the fee in the amount increased to 150% of fees is provided for in § 4 sec. 2 of the regulation, leaving this issue to the court to decide, and additionally making the possibility of awarding such an increased fee dependent on the appearance of particularly justified reasons on the part of an attorney-at-law (in the form of extraordinary workload or contribution to the clarification of the case), or the specific nature of the case (in the form of a higher value of its subject matter of the dispute, or a greater degree of its complexity).

On the other hand, the rates of remuneration of an attorney of choice are governed by the regulation of the Minister of Justice issued pursuant to Art. 22⁵ sec. 3 of the Act on Attorneys-at-Law,¹¹ which specifies the minimum rates and the amount of fees for the activities of attorneys-at-law before judicial authorities. A comparison of the rates and fees from this regulation with the fees from the regulation governing the remuneration of attorneys-at-law assigned by the court leads to the conclusion that in the regulation on the remuneration of attorneys-at-law of choice some of the rates are higher. This applies to both rates and fees depending on the value of the subject matter of the dispute as well as rates and fees established for particular activities. For instance, the fee for an attorney-at-law conducting a case for divorce or annulment of marriage ex officio is PLN 360, and the minimum rate in this case for an attorney of choice is twice as high. This leads to the conclusion that already at the stage of determining the amount of remuneration for the same activities, the legislator introduced a differentiation depending on whether the attorney-at-law was appointed ex officio by a court or was chosen by a party to the proceedings. The second conclusion, on the other hand, is that the ex officio fees for attorneys-at-law granted under the 2016 regulation were set below the minimum rates guaranteed to an attorney-at-law of choice in the 2015 regulation.

An additional regulation influencing the differentiation of remuneration of court-appointed attorneys-at-law and attorneys of choice are the provisions providing for the possibility of awarding remuneration in a higher amount than the standard. The aforementioned 2015 regulation provided for a maximum ceiling for such increased remuneration in the form of 150% of the fees set in the provisions of this regulation. On the other hand, in the case of attorneys-at-law of choice, this issue is not determined by the regulation but by a statute, namely by Art. 22⁵ sec. 2 of the Act on Attorneys-at-Law, from which it follows that the court may increase the fee due to an attorney-at-law of choice up to six times the minimum rate specified in the regulation of 2015 if it is justified by the type and complexity of the case and the necessary workload of an attorney-at-law.

This type of differentiation in remuneration for legal aid provided by court-appointed attorneys-at-law and attorneys of choice, while setting the rates for the former below the minimum rates – for the latter raises serious constitutional doubts from the point of view of different constitutional standards. Undoubtedly, there is a problem regarding the principle of equality (Art. 32 of the Constitution), as the differentiation concerns entities having the same essential feature, i.e., attorneys-at-law providing legal assistance

¹¹ Regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on fees for the activities of attorneys-at-law (Journal of Laws of 2018, item 265, as amended); hereinafter: the regulation of 2015 on the remuneration of attorneys-at-law of choice.

and performing the same activities. In addition, these solutions raise doubts due to the far-reaching restrictions on the constitutional rights of attorneys appointed by the court, including restrictions on the right to property (Art. 64 of the Constitution), freedom to practice a profession (Art. 65 sec. 1 of the Constitution), and the right to access public service on the same terms (Art. 60 of the Constitution). My further remarks, as can be seen from the title of the paper and for the reasons explained in the introduction, will, however, concern only the assessment of the compliance of the analysed legal regulation with the constitutional principle of equality.

3. Right to equal treatment

The principle of equality is anchored in many constitutional provisions which directly or indirectly refer to the idea of equal treatment of similar entities.¹² The provision which defines the content of this principle in the most comprehensive way is Art. 32 of the Constitution, which not only stipulates the principle of equality but also contains a supplementary prohibition of discrimination.¹³ For the purposes of this analysis, it is also worth mentioning Art. 60 of the Constitution, which guarantees Polish citizens who enjoy full public rights the right of access to the public service “on equal terms”. The requirement to treat similar entities equally applies also during states of exception. Art. 233 sec. 2 of the Constitution specifies that during a state of exception, it is unacceptable to limit human and civil freedoms and rights solely on the basis of race, gender, language, religion (or its lack), social origin, birth, and owned property. Thus, this regulation lists the prohibited discriminatory criteria – while the above-mentioned Article 32 of the Constitution does not indicate them, prohibiting instead discrimination “for any reason”.

The last provision requires equal treatment of each person by public authorities.¹⁴ As clarified by the Constitutional Tribunal in the judgement of 9 March 1988, file ref. U 7/87, the principle of equality reads as follows: “all subjects of law (addressees of legal norms), characterized by a given significant (relevant) feature, are to be treated equally. Thus, they should be treated according to the same measure, without both discriminating and favouring distinctions”. Therefore, this principle implies the requirement to treat similar entities in the same way,¹⁵ and the criterion determining this similarity

¹² See more on the development of this idea: J. Zajadło, *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki* [*The idea of equality in contemporary philosophy of law and philosophy of politics*], “Przegląd Sejmowy” [“The Sejm Review”] 2011, No. 6, pp. 11–29; *Arguments and reasoning...*, pp. 1042–1044.

¹³ The prohibition of discrimination is the prohibition of different and constitutionally unjustified treatment of similar entities. See, e.g., the judgements of the Constitutional Tribunal: of 23 March 2006, K 4/06; 15 July 2010, K 63/07; of 5 July 2011, P 14/10.

¹⁴ See: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [*The Constitution of the Republic of Poland. A Commentary*], ed. P. Tuleja, Warsaw 2019, pp. 120–121; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* [*Polish constitutional law. Outline of the lecture*], Warsaw 2021, pp. 112–113.

¹⁵ More disputable is whether the principle of equality also prohibits the equal treatment of different entities that do not have the same significant (relevant) feature from the point of view of a given legal regulation.

is whether the compared entities have a significant (relevant) feature from the point of view of a given legal regulation. In the case of attorneys-at-law, such a significant feature from the point of view of the legal regulation determining the amount of their remuneration is the performance of the same legal aid activities for which the remuneration is granted. Nevertheless, the method of appointing an attorney-at-law is not a significant (relevant) feature from the point of view of the legal regulation determining the amount of remuneration due to attorneys, especially as it does not affect the scope of activities that they can perform under their authority or the manner of performing those activities. This means that attorneys who perform the same activities as part of the legal assistance provided, regardless of whether they are appointed *ex officio* or chosen by a party to the proceedings, should be entitled to the same remuneration. Meanwhile, the provisions of the 2015 and 2016 regulations on the remuneration of attorneys-at-law appointed *ex officio* or chosen by the party, respectively, are differentiated by the rates of possible remuneration, setting them at a much lower level in the case of attorneys-at-law appointed *ex officio*.

The principle of equality is not absolute, and in certain circumstances, it is possible to differentiate the legal situation of similar entities.¹⁶ Yet, the settled jurisprudence of the Constitutional Tribunal shows that any derogations from the requirement of equal treatment of similar entities must be justified, the arguments in favour of introducing such derogations must be relevant and, therefore, should be directly related to the purpose and substance of the relevant provisions. To put it differently, the introduced differentiations must be rationally justified and cannot be made according to an arbitrary criterion.¹⁷ Moreover, the arguments in favour of different treatment of similar entities must be proportional, so the importance of the interest, which is to differentiate the situation of the addressees of the norm, must be in the fair proportion to the weight of the interests that will be violated as a result of unequal treatment of similar entities. And, finally, these arguments must be properly related to other constitutional values, principles, or norms that justify different treatment of similar entities. Differentiating the legal situation of similar entities may be considered constitutionally justified, for example, when it is in line with the principles of social justice or serves the implementation of these principles. In this sense, it can be ascertained that the principle of equality largely corresponds to the principle of social justice.¹⁸

Transferring these findings to the plane of the considerations outlined above, it should be concluded that the differentiation of remuneration rates for court-appointed

¹⁶ See: M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie* [The principle of equality in law], "Państwo i Prawo" 2015, No. 5, pp. 108–110; M. Kruk, *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [The principle of equality in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], [in:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [Book of the 20th anniversary of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], ed. M. Zubik, Warsaw 2006, pp. 297–298; *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, pp. 120–121; L. Garlicki, *Polish law...*, pp. 112–113.

¹⁷ Constitutional Tribunal judgement of 12 December 1994, X 3/94. See also: S. Biernat, *Glosa do orzeczenia TK z 12 XII 1994, K 3/94* [A gloss to the judgement of the Constitutional Tribunal of 12 December 1994, K 3/94], "Państwo i Prawo" 1995, No. 8, pp. 102–106.

¹⁸ See more on the relationship between the principle of equality and the principle of social justice, e.g., the judgements of the Constitutional Tribunal: of 6 May 1998, K 37/97; of 20 October 1998, K 7/98.

attorneys-at-law and attorneys of choice for performing the same activities is in no way related to the purpose and essential content of the provisions regulating the principles of determining these remunerations. In other words, there is no rationale for this differentiation. The requirement of proportionality of the arguments is also not met because the interest served by this differentiation is vague and, therefore, it is difficult to determine both its importance and the relationship to the interests of attorneys-at-law who provide legal aid *ex officio* in obtaining appropriate remuneration for their work, and those interests will undoubtedly be violated as a result of their unequal treatment in relation to attorneys-at-law providing legal aid of choice. Finally, the differentiation in this case is not justified in the light of constitutional values, principles, and norms, including the aforementioned principle of social justice.

4. Significance of the ruling on the unconstitutionality of the analogous regulation concerning advocates

The issue of the compliance with the Constitution of the provisions regulating the remuneration rates of *ex officio* attorneys has already been resolved by the Constitutional Tribunal in a case in which the regulations on attorney fees – analogous to those currently under consideration – were reviewed. In the judgement of 23 April 2020, file ref. SK 66/19, the Tribunal stated that § 4 sec. 1 of the regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid provided by a court-appointed advocate (hereinafter referred to as 2015 regulation on the remuneration of an *ex officio* advocate)¹⁹ is inconsistent with Art. 64 sec. 2 in connection with Art. 31 sec. 3, Art. 32 sec. 1, second sentence, and Art. 92 sec. 1, first sentence, of the Constitution. This judgement concerned a provision which essentially coincided with the content of § 4 sec. 1 of the regulation of 2016 on the remuneration of *ex officio* attorneys-at-law.

In this case, the Constitutional Tribunal resolved two allegations on the merits, the first of which concerned the unequal treatment of party-appointed and court-appointed advocates with regard to the protection of their property rights in the form of remuneration due to them, and the second – the regulation of the matter going beyond the scope of the statutory authorization, which did not provide for the possibility of differentiating advocates' remuneration by the Minister of Justice. The first of these allegations is particularly important taking into account the subject of this study. The right to equal treatment in this allegation was considered in connection with the right to property because the proceedings in this case were initiated by a constitutional complaint, and the established jurisprudence of the Constitutional Tribunal reveals that Art. 32 of the Constitution cannot be

¹⁹ Journal of Laws item 1801. This regulation entered into force on January 1, 2016 and was in force until November 2, 2016, i.e., until it was repealed by § 23 of the Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the covering by the State Treasury of the costs of unpaid legal aid provided by an *ex officio* advocate (Journal of Laws 2019, item 18), which is currently in force.

an independent control pattern in complaint proceedings.²⁰ The Constitutional Tribunal stated that advocates, regardless of whether they provide assistance *ex officio* or of choice, constitute a group of entities similar in terms of the objective and content of the analysed regulation and, therefore, should be treated in the same way. The differentiation of similar entities is permissible when it is introduced on the basis of a criterion that is rationally related to the purpose and content of a given regulation as well as to other values, principles, or constitutional norms that justify different treatment of similar entities and also when the weight of the interest, which the differentiation is to serve, remains in an appropriate proportion to the weight of the interests that will be violated as a result of the differentiation introduced. In this case, the Constitutional Tribunal accentuated that “it does not see any constitutional values that the reviewed regulation was to serve. Moreover, in the opinion of the Tribunal, there are no rational arguments (not only constitutional ones) that would justify discriminatory treatment of advocates depending on whether they were appointed by a party to the proceedings or were appointed *ex officio*”.

It is also worth mentioning that a few days after the announcement of this judgement, the Constitutional Tribunal issued a decision of 29 April 2020, file ref. S 1/20, in which it signalled to the Minister of Justice the need to remedy the deficiencies not only in § 4 sec. 2 of the regulation of 2015 on the remuneration of *ex officio* advocates but also § 4 sec. 2 of the 2016 regulation on the remuneration of *ex officio* attorneys-at-law, indicating that the deficiencies consist of “unjustified differentiation of the rules for increasing remuneration for attorneys appointed *ex officio* as compared to attorneys of choice”. In the justification of this decision, the Constitutional Tribunal stated that the reasons for which the regulation on the remuneration of *ex officio* advocates was declared unconstitutional “remain valid, respectively in relation to attorneys-at-law”, at the same time drawing attention to the necessity to “eliminate from the legal system the regulations which – in essence – in a discriminatory manner for attorneys appointed *ex officio* regulate the issue of their increased remuneration”. This signalling decision, in spite of the fact that it contained very specific comments and reservations, has not been implemented to this day.

On the other hand, the aforementioned judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19, resulted in the loss of binding force of the provision which was subject to control in this case; namely § 4 sec. 1 of the regulation of 2015 on the remuneration of *ex officio* advocates. Although the subject of the control *de facto* was the norm resulting from this provision, the finding that this norm was unconstitutional did not deprive the same-sounding norms contained in the provisions which were not the subject of the control from their legal validity. Such a conclusion results from the settled jurisprudence of the Constitutional Tribunal, which is of the opinion that the convergence of normative content, or the similarity of legal provisions, does not mean that the legal effects of the unconstitutionality of the reviewed provision may be extended to provisions that have not been controlled by the Constitutional Tribunal.²¹ This also

²⁰ See: the Constitutional Tribunal decision of 24 October 2010, SK 10/01.

²¹ See: the judgement of the Constitutional Tribunal of 18 July 2012, K 14/12. See, however, also a different standpoint presented in the judgements of the Supreme Court: of 25 June 2020, I NO 37/20, of 17 March 2016, V CSK 377/15, of 20 February 2018, V CSK 230/17.

applies to the § 4 sec. 1 of the regulation of 2016 on the remuneration of ex officio attorneys-at-law, which may not be considered deprived of binding force following the entry into force of the judgement of the Constitutional Tribunal, file ref. SK 66/19.

Nonetheless, the consequence of the latter judgement is the loss of the presumption of constitutionality of the norm contained in § 4 sec. 1 of the regulation of 2015 on the remuneration of ex officio advocates, which is also included in § 4 sec. 1 of the regulation of 2016 on remuneration of ex officio attorneys-at-law.²² This means that the latter provision also lost the presumption of constitutionality following the entry into force of the judgement of the Constitutional Tribunal, file ref. SK 66/19. This circumstance is of key importance for the possibility of its further application in the adjudication process by courts.

5. Removal of unconstitutionality in the course of judicial application of the law

Currently, when the legal order includes a provision containing a norm identical to the norm contained in a provision recognized by the Constitutional Tribunal as unconstitutional, the rank of this provision is highly relevant. Judges are not bound by sub-statutory regulations in the adjudication process (Art. 178 sec. 1 of the Constitution). Hence, it is commonly assumed that the unconstitutional provisions of a regulation may, and even should be omitted by a judge when examining a given case.²³ This position has been presented in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal for years. Already in the decision of 19 February 1997, file ref. U 7/96, the Constitutional Tribunal clearly indicated that each court is called upon to independently assess the compliance of sub-statutory legislation with the Constitution and a statute, and in the event of their non-compliance – also to refuse to apply them. In this respect in the judgement of 8 November 2016, file ref. P 126/15, the Constitutional Tribunal stated that a judge in the adjudication process is subject to the Constitution and statutes, and when it comes to regulations, a judge retains the authority to independently assess their constitutionality.²⁴ Similarly, the Supreme Court takes the view that when examining the constitutionality

²² More on the presumption of constitutionality, see: *Arguments and reasoning...*, pp. 861–877; A. Dębowska, M. Florczak-Wątor, *Domniemanie konstytucyjności ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [Presumption of constitutionality of a statute in the light of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], “Przegląd Konstytucyjny” [“The Constitutional Review”] 2017, No. 2, pp. 5–37; M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów* [Presumption of constitutionality and the competences of courts], “Palestra” [“The Bar”] 2016, No. 5, pp. 44–62; P. Radziejewicz, *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny* [Rebuttal of the “presumption of constitutionality” of a normative act by the Constitutional Tribunal], “Przegląd Sejmowy” [“The Sejm Review”] 2008, No. 5, pp. 55–86.

²³ See: L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* [Courts and the Constitution of the Republic of Poland], “Przegląd Sądowy” [“The Judicial Review”] 2016, No. 7–8, p. 15; P. Jabłońska, *Konstytucyjne podstawy rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa* [The constitutional foundations of the dispersed control of the constitutionality of the law], “Przegląd Sądowy” [“The Judicial Review”] 2020, No. 11–12, p. 26.

²⁴ See also: the decision of the Constitutional Tribunal of 4 February 1998, Ts 1/97.

of a provision of a lower rank than a statute, judges may independently decide on the application of this provision and do not have to apply to the Constitutional Tribunal to resolve doubts in this respect.²⁵

The refusal to apply an unconstitutional provision always raises the question of what other provision should be applied in place of the one that cannot be applied. This issue appeared in the jurisprudence of the courts shortly after the announcement of the aforementioned judgement of the Constitutional Tribunal declaring the unconstitutionality of § 4 sec. 1 of the regulation of 2015 on the remuneration of *ex officio* advocates. In the decision of 2 June 2020, file ref. II CSK 488/19, the Supreme Court determined the costs of an *ex officio* attorney, taking into account the judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19, which in practice meant the application of the rate resulting from the 2015 regulation on the remuneration of advocates of choice. This standpoint was also taken by the Supreme Court in subsequent judgements.²⁶ In the decision of 7 January 2021, file ref. I CSK 598/20, the Supreme Court explained that “The analysis of the status of advocates and attorneys-at-law and their role in the proceedings, in which they act as entities appointed and obliged to provide legal representation, leads to the conclusion that in the matter of differentiation of their remuneration, i.e., the remuneration that they would receive if they had acted as attorneys of choice in the case, there is no constitutional justification”.

After this judgement of the Supreme Court, other courts also began to award attorneys appointed *ex officio* remuneration on the basis of the regulation on the remuneration of attorneys of choice. Although this line of jurisprudence is not yet uniform, established, and disseminated,²⁷ still, it can be concluded that this position assuming the need to omit constitutionally questionable provisions concerning the principles of remuneration of *ex officio* attorneys is becoming dominant in the jurisprudence. A good example of a solution illustrating this approach may be found in the judgement of 31 March 2021, file ref. IV Ka 85/21, in which the District Court in Szczecin concluded that the 2016 regulation on remuneration for *ex officio* attorneys-at-law is unconstitutional for the same reasons which prejudged the CT finding that the 2015 regulation on *ex officio* advocates’ fees was unconstitutional. The District Court emphasized that “it fully shares the suggestion of the Constitutional Tribunal contained in the signalling decision of 29 April 2020, S 1/20, that § 4 sec. 2 of the regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the payment by the State Treasury of the costs of unpaid legal aid provided by an *ex officio* advocate leads to an unjustified differentiation of the rules for increasing remuneration for attorneys appointed *ex officio* compared to attorneys of choice”. At the same time, it stated that every common court, when deciding to review

²⁵ See: Supreme Court judgements: of 26 September 2007, III KK 206/07; of 9 June 2005, V KK 41/05; of 28 May 2009, II KK 334/08. See, however, the motions of the Prime Minister and the Marshal of the Sejm to the Constitutional Tribunal in cases with file ref. K 18/20 and K 21/20.

²⁶ See, to that effect, e.g., the provisions of the Supreme Court: of 30 November 2020, V CNP 15/20; of 15 November 2020, V CSK 71/20, of 15 September 2020, IV CSK 159/20, of 23 July 2020, III CZ 18/20, of 13 July 2020, IV CSK 746/19, of 30 June 2020, V CZ 87/19, of 15 December 2020, I CSK 438/20; of 30 November 2020, IV CSK 375/20.

²⁷ See, e.g., judgement of the District Court in Zielona Góra of 14 July 2020, IV Pa 42/20.

the constitutionality of the law, should follow the rules adopted in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal concerning the principles of such review and thus also the rule according to which the determination of the unconstitutionality of a legal norm in one case binds the Constitutional Tribunal in each subsequent case, in which the next provision containing this standard is examined.²⁸ In this particular case, the court considered the mechanism of setting the minimum rates for defence in proceedings to pass joint judgement at a level lower than the rates for a defence attorney of choice and setting the upper limit of the remuneration to be awarded at 150% of the minimum rate to be unconstitutional, that this type of mechanism violates the constitutional models indicated in the judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19. The District Court in Szczecin, in this case, applied *per analogiam* inference, i.e., inferring norms from other norms.²⁹ By means of this inference mechanism, the court came to the conclusion that, due to the unconstitutionality of the regulation to which the remuneration relates, the remuneration for an advocate assigned by the court should be determined by analogy precisely on the basis of the provisions of the regulation governing the remuneration for an advocate of choice.

A similar argumentation can be adopted with regard to the 2016 regulation on the remuneration of attorneys-at-law assigned by the court. Serious doubts as to the constitutionality of its § 4 as well as the rebuttal of the presumption of its constitutionality as a result of the entry into force of the judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19, should persuade the courts to refuse to apply the provisions of this regulation and to determine remuneration for ex officio attorneys-at-law based on the provisions of the analogous regulation of 2015 on the remuneration of an attorney-at-law of choice.

6. Conclusions

The differentiation of the remuneration of attorneys-at-law chosen by a party to the proceedings and attorneys-at-law appointed by the court for the same activities undertaken as part of the provided legal aid raises not only serious doubts as to the compliance with the Constitution but even – in the light of the above-mentioned judgement of the Constitutional Tribunal of 23 April 2020, file ref. SK 66/19 – certainty that this solution is unconstitutional. The sub-statutory rank of the provisions containing these regulations allows courts to omit them and to set the amount of the remuneration of the ex officio attorney-at-law based on the principles of determining the remuneration of the attorney of choice. The jurisprudence of the courts is already heading in this direction, which, however, does not abrogate the Minister of Justice's obligation to amend constitutionally

²⁸ Constitutional Tribunal judgement of 19 April 2011, K 19/08.

²⁹ More on the issue of an argument by analogy, see *Arguments and legal reasoning...*, pp. 1052–1071; T. Barszcz, *Struktura argumentum a simili* [*The structure of a simili argumentum*], Lublin 2015; K. Szymanek, *Argument z podobieństwa* [*Argument from similarity*], Katowice 2008; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warsaw 1966.

defective provisions. The unification of the rules for determining the remuneration of court-appointed attorneys-at-law and attorneys of choice will rectify the problem of violating the requirement of equal treatment, which will not, however, be tantamount to full compliance with the Constitution. Also, the doubts that were not analysed in detail in this paper will still remain valid; namely those concerning the determination by the Minister of Justice of the remuneration of attorneys-at-law at a too low level, which does not take into account the reality of providing legal aid and the costs actually incurred in this regard.

Bibliography

Literature

- Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz* [Arguments and legal reasoning in the constitutional state of law. A Commentary], M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (ed.), Kraków 2021.
- Barszcz T., *Struktura argumentum a simili* [The structure of a simili argumentum], Lublin 2015.
- Biernat S., *Glosa do orzeczenia TK z 12 XII 1994, K 3/94* [A gloss to the judgement of the Constitutional Tribunal of 12 December 1994, K 3/94], "Państwo i Prawo" ["State and Law"] 1995, No. 8, pp. 102–106.
- Dębowska A., Florczak-Wątor M., *Domniemanie konstytucyjności ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [Presumption of constitutionality of a statute in the light of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], "Przegląd Konstytucyjny" ["The Constitutional Review"] 2017, No. 2, pp. 5–37.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* [Polish constitutional law. Outline of the lecture], Warsaw 2021.
- Garlicki L., *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* [Courts and the Constitution of the Republic of Poland], "Przegląd Sądowy" ["The Judicial Review"] 2016, No. 7–8, pp. 7–25.
- Gutowski M., Kardas P., *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów* [Presumption of constitutionality and the competences of courts], "Palestra" ["The Bar"] 2016, No. 5, pp. 44–62.
- Jabłońska P., *Konstytucyjne podstawy rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa* [The constitutional foundations of the dispersed control of the constitutionality of the law], "Przegląd Sądowy" ["The Judicial Review"] 2020, No. 11–12, pp. 21–33.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [The Constitution of the Republic of Poland. A Commentary], ed. P. Tuleja, Warsaw 2019.
- Kruk M., *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [The principle of equality in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], [in:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [Book of the 20th anniversary of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal], ed. M. Zubik, Warsaw 2006.
- Nowacki J., *Analogia legis*, Warsaw 1966.
- Radziejewicz P., *Wzruszenie „domniemania konstytucyjności” aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny* [Rebuttal of the “presumption of constitutionality” of a normative act by the Constitutional Tribunal], "Przegląd Sejmowy" ["The Sejm Review"] 2008, No. 5, pp. 55–86.
- Szymanek K., *Argument z podobieństwa* [Argument from similarity], Katowice 2008.
- Wiliński P., *Konstytucyjne granice prawa do obrony w procesie karnym* [The constitutional limits of the right to defence in a criminal trial], "Palestra" ["The Bar"] 2007, No. 5–6, pp. 40–52.
- Zajadło J., *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki* [The idea of equality in contemporary philosophy of law and philosophy of politics], "Przegląd Sejmowy" ["The Sejm Review"] 2011, No. 6, pp. 11–30.

Ziółkowski M., *Zasada równości w prawie* [*The principle of equality in law*], “Państwo i Prawo” [“State and Law”] 2015, No. 5, pp. 94–111.

Zubik M., *Konstytucyjne aspekty prawa wyboru obrony i obrońcy w sprawach karnych w perspektywie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [*Constitutional aspects of the right to choose a defence and a criminal defence attorney in the perspective of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal*], “Europejski Przegląd Sądowy” [“The European Judiciary Review”] 2019, No. 1, pp. 11–16.

Legal acts

Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law (Journal of Laws of 2022, item 1166, as amended).

Regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on fees for the activities of attorneys-at-law (Journal of Laws of 2018, item 265, as amended).

Regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid provided by a court-appointed advocate (Journal of Laws of 2015, item 1801, as amended).

Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid provided by a court-appointed advocate (Journal of Laws 2019, item 18, as amended).

Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid provided by a court-appointed attorney-at-law (Journal of Laws of 2019, item 68, as amended).

Judgements

The Case Law of the Constitutional Tribunal

Constitutional Tribunal decision of 18 November 2014, Ts 263/13.

Constitutional Tribunal decision of 19 February 1997, U 7/96.

Constitutional Tribunal decision of 24 October 2010, SK 10/01.

Constitutional Tribunal decision of 29 April 2020, S 1/20.

Constitutional Tribunal decision of 4 February 1998, Ts 1/97.

Constitutional Tribunal judgement of 15 July 2010, K 63/07.

Constitutional Tribunal judgement of 16 June 2008, P 37/07.

Constitutional Tribunal judgement of 18 July 2012, K 14/12.

Constitutional Tribunal judgement of 19 April 2011, K 19/08.

Constitutional Tribunal judgement of 20 October 1998, K 7/98.

Constitutional Tribunal judgement of 23 April 2020, SK 66/19

Constitutional Tribunal judgement of 23 April 2020, SK 66/19.

Constitutional Tribunal judgement of 23 March 2006, K 4/06.

Constitutional Tribunal judgement of 29 August 2006, SK 23/05.

Constitutional Tribunal judgement of 5 July 2011, P 14/10.

Constitutional Tribunal judgement of 6 May 1998, K 37/97.

Constitutional Tribunal ruling of 12 December 1994, K 3/94.
Constitutional Tribunal ruling of 9 March 1988, U 7/87.

The Case Law of the Supreme Court and other courts

Judgement of the District Court in Szczecin of 31 March 2021, IV Ka 85/21.
Judgement of the District Court in Zielona Góra of 14 July 2020, IV Pa 42/20.
Supreme Court decision of 13 July 2020, IV CSK 746/19.
Supreme Court decision of 15 December 2020, I CSK 438/20.
Supreme Court decision of 15 November 2020, V CSK 71/20.
Supreme Court decision of 15 September 2020, IV CSK 159/20.
Supreme Court decision of 23 July 2020, III CZ 18/20.
Supreme Court decision of 30 June 2020, V CZ 87/19.
Supreme Court decision of 30 November 2020, IV CSK 375/20.
Supreme Court decision of 30 November 2020, V CNP 15/20.
Supreme Court decision of 7 January 2020, I CSK 598/20.
Supreme Court judgement of 17 March 2016, V CSK 377/15.
Supreme Court judgement of 20 February 2018, V CSK 230/17.
Supreme Court judgement of 25 June 2020, I NO 37/20.
Supreme Court judgement of 26 September 2007, III KK 206/07.
Supreme Court judgement of 28 May 2009, II KK 334/08.
Supreme Court judgement of 9 June 2005, V KK 41/05.

Piotr Rylski¹

University of Warsaw

ORCID-ID: 0000-0002-5399-1624

ADJUDICATING ON THE REMUNERATION OF A COURT-APPOINTED ATTORNEY IN CIVIL PROCEEDINGS – COMMENTS *DE LEGE FERENDA*

ABSTRACT

The right to participate in court proceedings of a court-appointed attorney is an essential guarantee of ensuring the right to a fair trial for the less well-off. A vital element of the institution of *ex officio* representation is the issue of financing this part of the activity conducted by advocates and attorneys-at-law. From the procedural perspective, this issue primarily relates to the method of adjudicating on the remuneration and costs of a court-assigned attorney. In this area – despite slow changes consisting in abandoning the completely free-of-charge activities of the attorney performed as part of legal aid – there is still no consistent and comprehensive regulation. As has been described in this article, there are still situations where an attorney providing legal aid in civil proceedings may not receive any remuneration because the State Treasury is only subsidiarily liable for these costs. In addition, it takes years to obtain reimbursement of legal representation costs for unpaid legal aid. In this article, one of the issues related to legal representation in civil cases has been addressed; namely, the issue of adjudication by the court on this remuneration. The stimulus to take up this topic has been provided, inter alia, by a number of postulates for changes in this field. Recently, there have also been specific proposals put forward for changes in the legislative. Therefore, the subject of this paper is not only to diagnose the current state of law and jurisprudence with regard to adjudicating

¹ Habilitated doctor, university professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, attorney-at-law.

on the remuneration of an attorney assigned by the court but, above all, to refer to the proposed proposals and to put forward specific postulates for the future.

Keywords: civil proceedings, court-appointed attorney, remuneration of a court-appointed attorney, unpaid legal aid

I. Preliminary remarks

The right to participate in court proceedings of a court-appointed attorney is an essential guarantee of ensuring the right to a fair trial for the less well-off.² The existence of this institution is, therefore, fundamental in any democratic legal system, not only in criminal but also in civil matters. This institution has been known in Poland for a long time.³ During the inter-war period, following the Austrian solutions, it was recognized along with the institution of exemption from court costs under the so-called “poor relief” (Poor Law),⁴ i.e., measures serving to protect the impoverished people.⁵ The formal linking of the *ex officio* power of attorney with the institution of exemption from court costs had lasted in civil cases in Poland as long as until 2010,⁶ so, until the time when it was possible for a party to apply for a court-appointed attorney – regardless of whether the party had previously obtained an exemption from court fees.⁷

2 K. Flaga-Gieruszyńska, *Idea pomocy prawnej z urzędu w postępowaniu cywilnym* [The idea of *ex officio* legal assistance in civil proceedings], [in:] *Aequitas sequitur legem. Jubilee book on the occasion of the 75th birthday of Professor Andrzej Zieliński*, ed. K. Flaga-Gieruszyńska, Warsaw 2014, p. 55 in; A. Płoszka, *Publicznoprawny status jednostki skrajnie ubogiej* [Public-law status of an extremely poor individual], Warsaw 2019, p. 333.

3 Cf., inter alia: A. Balasits, *Act of August 1, 1895 on court proceedings in civil disputes (Civil Procedure)*, Lviv 1895, pp. 413–414; W. Godlewski, *Austrian civil procedural law*, Lviv 1900, pp. 172–174.

4 Cf. K. Apołłow, *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki. Komentarz* [Poor law in the light of doctrine and practice. A comment], Warsaw–Krakow 1938, p. 85 et seq.

5 On the current use of this concept, cf. J. Koredczuk, “Prawo ubogich”, czyli rzecz o próbie pogodzenia interesu jednostki z interesem państwa [“Poor Law”, that is, an attempt to reconcile the interests of the individual with the interests of the state], [in:] *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawno-historyczne* [Material foundations of the state. Legal and historical issues] ed. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006, pp. 651–660; T. Zembrzuski, *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym* [Granting the right to the poor in civil proceedings], [in:] *Aurea praxis, aurea theoria. Memorial Book in honour of Professor Tadeusz Ereciński*, vol. 1, ed. K. Weitz, J. Gudowski, Warsaw 2011, pp. 777–809; R. Hauser, *Zwolnienie od kosztów sądowych – prawo ubogich* [Exemption from court costs – the right of the poor], [in:] *Państwo w służbie obywateli* [A state at the service of citizens], Jubilee Book of Professor Jerzy Świątkiewicz, ed. R. Hauser, L. Nawacki, Warsaw 2005, p. 209–215. The concept of the poor law originates from the German language, where it appeared, e.g., in Austrian law (*Armenrecht*), where already in the 70s of the last century it was replaced with the more modern term of ‘judicial assistance’ (*Verfahrenshilfe*), cf. Z. Krzemiński, [in:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym* [Ex officio attorney in court proceedings], Warsaw 1975, p. 72.

6 The change was made by the Act of 17 December 2009 on amending the Act – Code of Civil Procedure and certain other acts (Dz.U. of 2010 No. 7, item 45).

7 Until 2010, the condition for obtaining the right to be granted an *ex officio* attorney was the prior exemption of the party from court costs. This was a solution criticized in the doctrine. Cf.: A. Zieliński, *The latest*

A vital element of the institution of *ex officio* representation is the issue of financing this part of the activity conducted by advocates and attorneys-at-law. From the procedural perspective, this issue primarily relates to the method of adjudicating on the remuneration and costs of a court-assigned attorney. In this area – despite slow changes⁸ consisting in abandoning the completely free-of-charge activities of the attorney performed as part of legal aid⁹ – there is still no consistent and comprehensive regulation. As will be presented below, there are still situations where an attorney providing legal aid in civil proceedings may not receive any remuneration because the State Treasury is only subsidiarily liable for these costs. In addition, it takes years to obtain reimbursement of legal representation costs for unpaid legal aid. As we know, the remuneration rate of the court-appointed attorney is still debatable, not only in terms of their amount¹⁰ but also due to their differentiation from the rates of fees in the event of representation of choice.¹¹ This results in the fact that the representation of parties by an *ex officio* attorney is in many cases not properly regulated and fairly remunerated. Thus, there should be no doubt that the public service performed by *ex officio* attorneys should be properly remunerated, because, as mentioned above, from the state's point of view, it is one of the essential elements of its functioning related to ensuring the right to a fair trial.¹²

changes to the Code of Civil Procedure, “Monitor Prawniczy” 2010, No. 7, p. 370 et seq.; M. Sorysz, *Appointment of an ex officio attorney for the party and the obligations of an attorney in civil proceedings against the background of the amendment to the Code of Civil Procedure of December 17, 2009 – selected issues*, “Monitor Prawniczy” 2010, No. 12, pp. 660 et seq.; M. Mamiński, *Appointment of an ex officio attorney after the amendment of the CCP*, “Monitor Prawniczy” 2010, No. 15, p. 870 et seq.; M. Kaczyński, *Changes in legal aid in court civil proceedings introduced by the Act of December 17, 2009*, “Palestra” 2011, No. 7–8, p. 96 et seq.

- ⁸ As for the postulate of giving up free legal assistance and the need to cover these costs by the State Treasury, cf. Z. Krzemiński, [in:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Advocate...*, p. 72.
- ⁹ It is worth recalling that in the inter-war period, as explained by the Supreme Bar Council, an *ex officio* attorney did not have the right to accept any remuneration from the party for whom the attorney was appointed (“an attorney may not even be exposed to the suspicion that s/he received a fee for defence *ex officio*”, “Palestra” 1936, No. 10, p. 797).
- ¹⁰ Cf., inter alia: Ł. Supera, *Stawki mniejsze niż życie [Rates cheaper than life]*, “Palestra” [“The Bar”] 2012, No. 7–8, p. 105 et seq.
- ¹¹ In the judgement of the Constitutional Tribunal of 23/04/2020, SK 66/19, OTK-A 2020, No. 13 it was ruled that § 4 sec. 1 of the ordinance of the Minister of Justice of October 22, 2015 on covering by the State Treasury of the costs of unpaid legal aid granted by an *ex officio* advocate (Dz.U., item 1801) is inconsistent with Art. 64 sec. 2 in connection with Art. 31 sec. 3, Art. 32 sec. 1 second sentence and Art. 92 sec. 1 sentence 1 of the Constitution of the Republic of Poland. 2. The Tribunal found that the contested provision of the Regulation of 2015 “is inconsistent with the constitutional principle of protection of property rights, as it disproportionately narrows the statutory criteria for obtaining remuneration (violates the statutory authorization) – despite the legislator’s being silent on this subject, it worsens the situation of advocates providing legal assistance *ex officio*”. It also stated that “it does not see any constitutional values that the reviewed regulation was to serve”. Moreover, in the opinion of the Tribunal, there are no rational arguments (not only constitutional ones) that would justify discriminatory treatment of attorneys depending on whether they act privately or were appointed *ex officio*. According to the Constitutional Tribunal, from the analysis of Art. 29 sec. 2 of the Law on the Bar, or the other provisions of this Act, it is not possible to derive a basis for the Minister of Justice to differentiate the remuneration of advocates in the regime of the 2015 regulation compared to the regulation on the activities of advocates on the linguistic or teleological grounds”.
- ¹² M. Lewandowski, *Problematyka bezpłatnej pomocy prawnej w RP na tle prawa do sądu [The issue of free legal assistance in the Republic of Poland in the light of the right to a fair trial]*, “Monitor Prawniczy” 2009, No. 21, p. 1163; K. Flaga-Gieruszyńska, *Bezpłatna pomoc prawna jako instrument wspomagający*

In this study, one of the above-mentioned issues related to legal representation in civil cases will be addressed; namely, the issue of adjudication by the court on this remuneration. The stimulus to take up this topic was provided, inter alia, by a number of postulates for changes in this field. There have also been specific proposals for changes in the legislative area recently.¹³ Therefore, the subject of this paper is not only to diagnose the current state of law and jurisprudence with regard to adjudicating on the remuneration of an attorney assigned by the court but, above all, to refer to the proposed proposals and to put forward specific postulates for the future.

II. Current legal status in the area of adjudicating on the remuneration of a court-appointed attorney in civil proceedings

The current legal regulation of adjudication on the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* is quite laconic, with the provisions that constitute it scattered across various legal acts, which makes it difficult to analyse in practice. The basic, as it would seem, rule is that the costs of legal aid granted *ex officio* are borne by the State Treasury (Art. 29 sec. 1 of the Law on the Bar,¹⁴ Art. 22³ sec. 1 of the Act on Attorneys-at-Law,¹⁵ Art. 13a sec. 1 of the Act on Patent Attorneys,¹⁶ Art. 16 sec. 2 of the Civil Assistance Act¹⁷).

Nevertheless, the above obligation to finance the remuneration and costs of the attorney by the State Treasury, as it turns out, is not absolute at all, as it arises only in two clearly defined cases.

The first is the situation where the costs of unpaid legal aid are awarded by the adversary to the party for whom the attorney is appointed *ex officio*, but the enforcement of these costs is ineffective.

The second occurs when the party represented by a court-assigned advocate or attorney-at-law loses the case and is ordered to pay the costs of the trial, or there was no basis to charge another entity with these costs.¹⁸

realizację konstytucyjnej zasady prawa do sądu (na przykładzie spraw cywilnych [Free legal aid as an instrument supporting the implementation of the constitutional principle of the right to a fair trial (based on the example of civil cases)], [in:] Wokół konstytucji i zdrowego rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam [Around the constitution and common sense], works dedicated to Professor Tadeusz Smoliński, ed. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011, p. 367.

¹³ One of the last of these is a petition to launch a legislative initiative to amend the Act of November 17, 1964 – Code of Civil Procedure and the Act of June 6, 1997 – Code of Criminal Procedure, with regard to adjudication by the court on the costs of the trial (P10–15 / 21). The content of the petition is available at: <https://www.senat.gov.pl/prace/petycje/wykaz-tematow-petycji/petycja,572.html> (accessed 14 June 2022).

¹⁴ Act of May 26, 1982 – Law on the Bar.

¹⁵ Act on Attorneys-at-Law of July 6, 1982.

¹⁶ Act on Patent Attorneys of April 11, 2001 (i.e., Dz.U. of 2021 item 944 as amended).

¹⁷ The Act of 17 December 2004 on the right to assistance in proceedings in civil cases conducted in the Member States of the European Union and on the right to assistance for the purpose of amicable settlement of a dispute prior to the initiation of such proceedings (Dz.U. of 2005 No. 10 item 67 as amended).

¹⁸ H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych [Procedural activities of a professional attorney in civil cases]*, Warsaw 2020, pp. 493–494.

The above limitation of the State Treasury's liability for the costs of *ex officio* assistance results, firstly, from the clear wording of Art. 122 § 1 sentence 1 of the Code of Civil Procedure, according to which an advocate or attorney-at-law appointed *ex officio* has the right – excluding the party – to collect the amount due to them from the adversary, i.e., as remuneration and reimbursement of expenses awarded to that party. Secondly, detailed issues of settling these costs are included in the statutory acts.¹⁹ Pursuant to § 6 of both ordinances concerning the costs of unpaid assistance provided in a civil case *ex officio*, in which the trial costs were charged to the adversary of the party using the assistance provided by a court-assigned attorney or attorney-at-law, the court awards the costs after proving the ineffectiveness of their enforcement.

Moreover, the attorney, in the application for awarding the costs of unpaid legal aid, granted *ex officio*, from the State Treasury, should include a statement that the requested costs were not paid in full or in part.²⁰ Otherwise, the court may dismiss the application as unfounded.²¹

The provisions of Art. 122 § 1 of the Code of Civil Procedure and § 6 of both regulations determine that in terms of the settlement and enforcement of the costs of unpaid legal aid granted *ex officio*, two situations may take place: first – when these costs are awarded by the adversary to the party for which the advocate or attorney-at-law was appointed, and second – when the costs are awarded directly from the State Treasury.

The consequence of this is that the regime for adjudicating on the costs of unpaid legal aid is currently very diverse in civil proceedings. There is no doubt in the doctrine and jurisprudence that in the first case, the costs of unpaid legal aid should be classified as a component of procedural costs (Art. 98 § 1 of the Code of Civil Procedure)²² because they are awarded on the basis of the provisions defining the principles of settling the costs of the trial – from the adversary to the party for whom the advocate or attorney-at-law was appointed.

As for the second case of awarding the costs of legal aid granted *ex officio* directly from the State Treasury, in such a situation, these costs are not included in the costs of the trial²³

¹⁹ Regulation of the Minister of Justice of 03 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid granted by a court-appointed attorney-at-law (i.e., Dz.U. of 2019 item 18) and Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid granted a court-appointed attorney-at-law (i.e., Dz.U. of 2019, item 68).

²⁰ Cf. § 3 of both regulations.

²¹ Decision of the Supreme Court of October 14, 1998, II CKN 687/98, OSNC 1999, No. 3, item 63. However, R. Rynkun-Werner points to the non-uniform practice in *Adwokat z urzędu. Podstawowe zagadnienia prawne* [Court-assigned advocate. Basic legal issues], Warsaw 2011, p. 114.

²² M. Kaczyński, *Pełnomocnik z urzędu* [Ex officio attorney], Warsaw 2014, p. 230. According to Art. 98 § 1 of the Code of Civil Procedure, the costs of the trial include “costs necessary for the deliberate assertion of rights and deliberate defence”. While pursuant to § 3 of this article, “the necessary costs of the trial of the party represented by an advocate include the remuneration, but not higher than the fees specified in separate regulations, and the expenses of one attorney, court costs, and costs of the party's personal appearance ordered by the court”.

²³ This applies both to the understanding of this concept under Art. 98 § 1 and Art. 394 §1 point 6 of the Code of Civil Procedure (according to the latter provision, a complaint may be lodged against the decision of the court of first instance, inter alia, against a decision the subject of which is: “Reimbursement of costs, determination of the rules for the parties to bear the costs of the trial, reimbursement of the fee, or ordering the court costs – if the party does not file an appeal on the merits of the case”).

because it is not a reimbursement of costs owed to one of the parties.²⁴ In this case, the responsibility of the State Treasury is only of a subsidiary nature. It is emphasized, however, that the obligation of the State Treasury towards an *ex officio* attorney is of a public-law character here, related to the performance of legal representation by the attorney.²⁵

The costs of unpaid legal aid include the fee determined in accordance with the provisions of both of the above-mentioned ordinances and the necessary and documented expenses of an advocate or attorney-at-law.²⁶

According to the established view, if a party represented by an advocate or attorney-at-law appointed by the court won the trial, the costs of the trial (including remuneration) should be awarded by the court to the party itself, and not to the advocate or attorney-at-law.²⁷ This is due to the already indicated recognition of this remuneration to the costs of the process referred to in Art. 98 of the Code of Civil Procedure. An *ex officio* representative may only collect their remuneration in accordance with Art. 122 of the Code of Civil Procedure by obtaining an enforcement clause in their name, within the limits of the amount due to them.²⁸ Yet, the limit of the due remuneration of an advocate or attorney-at-law is the possibility of the adversary's deduction of the costs awarded to him/her from the party benefiting from legal aid (Art. 122 § 1 sentence 2 of the Code of Civil Procedure).

The enforcement of all unpaid legal aid costs due to the *ex officio* attorney results in the satisfaction of his/her claim against the State Treasury.²⁹ It should also be noted that both an attorney of choice and a court-assigned attorney do not have the right to collect costs from an entity other than the opposing party, in particular, they cannot apply for the collection of costs due to them from a witness, expert, representative, or statutory representative in connection with their blatant fault (Art. 110 sentence 1 of the Code of Civil Procedure). The above remark also applies to the reimbursement of costs

²⁴ See, e.g., the Constitutional Tribunal Decision of 14 July 2010, V CZ 51/10, LEX No. 1375553.

²⁵ Decision of the Supreme Court of November 17, 2009, III CZ 53/09, OSNC 2010/5, item 79, "SC Bulletin" 2010/2, item 11; see also the decision of the Supreme Court of May 25, 2010, I CZ 29/10, LEX No. 1308015, as well as Z. Krzemiński, [in:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzemiński, *Advocate...*, p. 71.

²⁶ R. Rynkun-Werner, *Advocate...*, p. 113.

²⁷ This view was fully perpetuated by both the pre-war and the present judicature (see the judgement of the Supreme Court of August 19, 1938, CI 1162/37, PS 1939/1, item 42; the judgement of the Supreme Court of November 2, 1954, 2 CZ 248/54, "Państwo i Prawo" 1955/1, p. 150; decision of the Supreme Court of September 8, 1982, I CZ 83/82, "Palestra" 1985, No. 3–4, item 28; Resolution of the Supreme Court of March 1, 1989, III CZP 12/89, LEX No. 463039), although the doctrine has always indicated the need to award remuneration directly to the attorney, cf. K. Apollon, *Law...*, p. 90; B. Pogoda, *Uwagi do art. 121 k.p.c. [Comments to Art. 121 of the Code of Civil Procedure]*, "Głos Sądownictwa" ["The judiciary voice"] 1938, No. 2, p. 142; M. Schroeder, *Wynagrodzenie adwokata ustanowionego dla strony zwolnionej od kosztów i wynagrodzenie obrońcy z urzędu: (uwagi «de lege ferenda»)* [*The remuneration of the advocate appointed for the party exempt from costs and the remuneration of the court-appointed attorney (comments de lege ferenda)*], "Palestra" 1958, No. 1, p. 61.

²⁸ J. Jodłowski, *Czy adwokat strony ubogiej może sam egzekwować od przeciwnika sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków?* [*Can the advocate of the poor party alone enforce from the adversary the sum due to him in the form of remuneration and reimbursement of expenses?*], "Nowy Proces Cywilny" ["New Civil Procedure"] 1933, No. 12, p. 382; the judgement of the Supreme Court of 2 November 1954, 2 CZ 248/54, "Państwo i Prawo" 1955, No. 1, p. 150.

²⁹ Decision of the Supreme Court of 18 May 2011, III CZ 25/11, LEX No. 864008.

by an intervening party, arising as a result of his/her negligent or obviously improper conduct.³⁰

According to the case law of the Supreme Court, an appeal by a party to the proceedings in the part concerning the decision on the costs of legal aid granted *ex officio*, in the situation of awarding these costs to the attorney from the State Treasury, is inadmissible,³¹ while the attorney appointed by the court is entitled to appeal against the decision of the court of first instance deciding on the costs incurred by the State Treasury of unpaid legal aid granted *ex officio*.³² In other words, a party represented by an *ex officio* attorney may not challenge the decision of the court of first instance ruling on the remuneration of an attorney or attorney-at-law paid by the State Treasury. Nonetheless, this right is vested in the party's attorney because it is in his/her interest that the legal aid is properly accounted for.

III. Deficiencies in the current system of adjudicating on the costs of unpaid legal aid in civil proceedings

It is argued in the doctrine that for years there have been serious problems in paying the fee due for *ex officio* cases. Unfortunately, there are still situations where attorneys receive fees for cases that took place not just a few months ago, but even two years earlier.³³ Therefore, the postulate of public attorneys is that the courts pay them their remuneration on an ongoing basis, after the end of each stage of the proceedings.

Summarizing the current legal status and the practice of applying the law, it should be indicated that the system of adjudication and payment of remuneration to representatives of the *ex officio* attorney is dysfunctional and does require even urgent changes.

First of all, this system has been in effect for over 100 years in an essentially unchanged form³⁴ that was established in the inter-war period and resulted from the

30 Z. Krzeminski, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym* [Attorney in civil proceedings], Warsaw 1971, p. 120.

31 Resolution of the Supreme Court of 25 June 2009, III CZP 36/09, OSNC 2010, No. 2, item 24, p. 36.

32 Resolution of the Supreme Court of 20 May 2011, III CZP 14/11, OSNC 2012, No. 1, item 2, p. 9; Resolution of the Supreme Court of 8.3.2012, III CZP 2/12, OSNC 2012, No. 10, item 115, p. 30; see A. Kobińska, *Zaskarżalność postanowienia o przyznaniu od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz niedopuszczalność przyznania tych kosztów poniżej stawki minimalnej* [Suitability of the decision on the award from the State Treasury of the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* and inadmissibility of awarding these costs below the minimum rate], "Palestra" 2013, No. 1–2, pp. 118–119; P. Rylski, *Dopuszczalność zażalenia na postanowienie w przedmiocie przyznania od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika z urzędu* [Admissibility of a complaint against the decision on awarding the costs of unpaid legal aid from the State Treasury, granted by an *ex officio* attorney], "Palestra" 2013, No. 1–2, pp. 133 et seq. Currently, the complaint against the decision on "reimbursement of the costs of unpaid legal aid" results directly from the wording of Art. 394^{1a} § 1 point 9 of the Code of Civil Procedure.

33 M. Kaczyński, *Attorney...*, p. 233.

34 The current provisions of the Code of Civil Procedure are based almost entirely on bills adopted in the 1920s. Above all, cf. S. Gołąb, *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o prawie ubogich z motywami*

assumption that legal aid provided *ex officio* was only an additional, free of charge, provision of the bar³⁵ performed apart from the basic activity. At that time, the only case of legal representation paid *ex officio* was when the obligation to reimburse the other party was ordered to reimburse costs.³⁶ The possibility of claiming real costs incurred by the court-appointed attorney (e.g., for travelling to court) from the state was even disputed.³⁷ Presently, this assumption is defective if we consider the public-law aspect of the activity of advocates and attorneys-at-law appointed for the party *ex officio*, emphasized in the jurisprudence of the Supreme Court. In such a case, a legal relationship is established between the State Treasury as the ordering party and the attorney as the contractor, who is entitled to receive remuneration for the services provided in each case. The party responsible for the payment of this benefit should, in the first place, be the State Treasury (the ordering party), and not the person who received legal aid or his/her opponent in the proceedings. Also, this liability should not be conditional or subsidiary.

Secondly, the basic rule of statutory rank that the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* are borne by the State Treasury, expressed in Art. 29 sec. 1 of the Law on the Bar and Art. 22³ sec. 1 of the Act on Attorneys-at-Law is not fully implemented, as it depends, in the event of awarding costs from the adversary of the party, on proving the ineffectiveness of the enforcement. The problem is that the modification of this statutory principle is now introduced by a sub-statutory act, which is the regulation,³⁸ despite the lack of grounds for this in the delegated legislation.³⁹

Thirdly, the system assuming only subsidiary liability of the State Treasury towards an attorney for *ex officio* legal aid imposes additional obligations on attorneys that do

[Draft chapter of Polish civil procedure on the law of the poor with motives], [in:] *Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem* [Polish Civil Procedure. Drafts of clerks with justification], vol. I, Warsaw 1928, p. 97–111. These drafts were based on even earlier regulations, in particular, § 70 of the Austrian ZPO (Zivilprozessordnung – Code of Civil Procedure) in force in southern Poland, cf. J. Windakiewicz, *Ustawa o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych* (*Procedura cywilna*) [Act on court proceedings in civil disputes (*Civil Procedure*)], Warsaw 1925, p. 87.

35 K. Apollov, *Law...*, p. 87.

36 According to Art. 19 of the Ordinance of the President of the Republic of Poland of October 7, 1932, Law on the Bar System (Dz.U. No. 86, item 733) “legal assistance of an *ex officio* advocate is free unless the opposing party is reimbursed for the costs of the trial”. A similar regulation was contained in Art. 78 sec. 2 of the Act of May 4, 1938, Law on the Bar System (Dz.U. No. 33, item 289). Pursuant to this provision, “legal assistance from an advocate appointed *ex officio* for a party who has been awarded the poor law is free for the poor party unless the other party has been charged with the costs of the trial”.

37 Cf.: S. Grabowski, *What remuneration an advocate is entitled to when represents a poor party?*, “Czasopismo Adwokatów Polskich. Dział województw zachodnich” [„Journal of Polish Attorneys. Department of Western Provinces”] 1934, No. 7–8, p. 89.

38 The situation is different in the case of patent attorneys since the requirement to prove the ineffectiveness of enforcement in advance as a condition for the State Treasury’s liability for the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* results from Art. 13a sec. 3 of the Patent Attorneys Act.

39 According to Art. 29 sec. 2 of the Bar Law and Art. 22³ sec. 2 of the Act on Attorneys-at-Law, the Minister of Justice will define, by way of a regulation, detailed rules of incurring the costs referred to in sec. 1, taking into account the method of determining these costs, the expenses constituting the basis for their determination and the maximum amount of fees for the aid granted. In this delegated legislation, it is not possible to limit or exclude the liability of the State Treasury referred to in Art. 29 sec. 1 of the Bar Law and Art. 22³ sec. 1 of the Act on Attorneys-at-Law.

not fall under the obligation to provide legal aid to an indigent party. It is primarily about the obligation to claim the remuneration due to the attorney at the party's own expense from the adversary of the party who has been granted the right to legal aid (Art. 122 § 1 of the Code of Civil Procedure). This raises conflicts between the party that received assistance and the attorney because according to the jurisprudence, the remuneration due is awarded to the party, not the attorney. The party may, therefore, notify the attorney and collect the costs due to the attorney on its own, or collect these costs from the adversary on its own behalf.⁴⁰ Therefore, in the event of the enforcement of the benefit by the party itself or the provision of the benefit directly by the other party to the hands of the represented party, the court-assigned attorney is obliged, by way of recourse, to reclaim his/her remuneration directly from the party represented until that moment. This results in the necessity to initiate new proceedings between the current *ex officio* attorney and the represented party. Yet, in practice, this may mean that such remuneration will not be ultimately covered by anyone if the party has already disposed of the funds already obtained and is insolvent.

Fourthly, the law now provides that the opposing party may set off its own claims for litigation costs awarded from the party who has been granted legal aid against the remuneration due to the attorney (Art. 122 § 1 sentence 2 of the Code of Civil Procedure). In such a case, the attorney – despite the work performed – may not be paid the remuneration due to him/her at all or receive reimbursement of costs.

Fifthly, the current system differentiates the possibility of obtaining remuneration by an advocate or attorney-at-law appointed *ex officio* depending on the outcome of the proceedings and the court's decision as to the costs of the proceedings. If the represented party loses the trial and it is not possible to charge the other party or other entity with the costs of the trial, the right to remuneration due to the attorney is unconditional. It is awarded directly from the State Treasury. In the event of charging another entity with these costs, the above-mentioned obligation of prior demonstration of the enforcement ineffectiveness by the attorney arises. This causes many complications when attorneys formulate applications for reimbursement of legal aid costs.⁴¹ In addition, when a person other than the other party has been charged, the attorney has no possibility at all to initiate enforcement proceedings – as only the party may enforce the costs, including the remuneration of the court-assigned attorney. This leads to an obvious paradox whereby, from the point of view of the possibility of obtaining remuneration for the *ex officio* attorney, it is more advantageous for the party s/he represents to lose the trial than to win it, because in the latter case, the attorney may not be remunerated at all. Such a system had historical justification in the fact that, at one time, an *ex officio* attorney could only

⁴⁰ This threat was already noticed in the pre-war doctrine, and demands were made to amend the provisions by ordering the attorney's costs to be awarded directly to him/her, and not to the party being represented (cf. M. Piekarski, H. Vincenz, *Contribution to the discussion on the amendment to the CCP*, "Głos Sądownictwa" 1937, No. 4, p. 290; K. Apołłow, *Law...*, pp. 90–91).

⁴¹ Cf. J. Szczepański, *Wniosek o zwrot kosztów pomocy prawnej z urzędu – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18.09.2017 r. (V CSK 677/16)* [Application for reimbursement of *ex officio* legal aid costs – gloss to the decision of the Supreme Court of September 18, 2017 (V CSK 677/16)], "Palestra" ["The Bar"] 2019, No. 4, pp. 93 et seq.

obtain remuneration if s/he won. Therefore, such a system was motivating towards obtaining a favourable resolution, as it was automatically linked to the right to remuneration. Currently, in the event of a lost case, the remuneration is paid by the State Treasury, and the discussed regulation introduces a completely incomprehensible differentiation, which makes it difficult to talk about the equality of attorneys before the law.

Sixthly, the court decision on the remuneration of the *ex officio* attorney in a situation where they constitute the costs of the trial takes place only in the judgement concluding the case in the instance (Art. 108 § 1 sentence 1 of the Code of Civil Procedure).⁴² As a result, the waiting period for the enforcement of the award decision is quite considerable, taking into account the possibility of challenging such a decision with an appeal, and then setting aside and referring the case for reconsideration.

IV. Proposals for legislative changes and their evaluation

In consideration of the above, despite the manner being quite timid, efforts are being made to change the above-mentioned legal status. One of the last of these is the already-mentioned petition concerning the undertaking of a legislative initiative to amend the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure in the scope of adjudication by the court on the costs of the trial (P10–15/21). The initiative in question was submitted by the Supreme Bar Council, and its purpose is to detail and standardize the rules for adjudicating on the reimbursement of unpaid legal aid granted *ex officio* by an advocate or attorney-at-law in civil and criminal proceedings. The authors' assumption is that the proposed amendments will enable the advocate or attorney-at-law appointed by the court to receive due remuneration for the already provided legal assistance on an ongoing basis, without the need to wait many years for remuneration for procedural activities performed in the course of court proceedings.

Drawing attention briefly to the content of this proposal referring to the Code of Civil Procedure, we can see that it concerns the change of the wording of Art. 108 of the Code of Civil Procedure in Section I – “Reimbursement of trial costs” in Title V – “Trial costs”, which regulates the principle of unification of adjudication on the costs of a civil trial.⁴³

The basic way for the authors of the petition to achieve the assumed objective is to propose that the court should award the remuneration to the *ex officio* attorney in a separate decision to be issued after the final judgement in the case in the instance (the proposed

⁴² According to this provision, the court decides on costs in each judgement ending the case in a given instance.

⁴³ According to Art. 108 of the Code of Civil Procedure, the court decides on costs in each judgement ending the case in a given instance. Nonetheless, the court may only decide on the rules of incurring the costs of the trial by the parties, leaving the detailed calculation to the court referendary; in this situation, after the ruling concluding the proceedings in the case becomes final, the court referendary in the court of first instance issues a decision in which s/he makes a detailed calculation of the costs to be borne by the parties (§ 1). The court of second instance – by setting aside the contested decision and referring the case to the court of first instance – leaves it to that court to decide on the costs of the appellate instance (§ 2).

wording of Art. 108 § 3, sentence 1 of the Code of Civil Procedure), owing to which a decision may become final and enforceable regardless of the further course of the case.

Secondly, the petitioners propose to regulate, in a special way, the rules of adjudicating on the remuneration of an *ex officio* attorney in the event of the revocation or dismissal by the court of an appointed attorney as well as in the event of the expiry of the appointment of an attorney as a result of the death of a party who has used legal aid. According to the draft, the court would adjudicate on such remuneration at the request of the attorney within 14 days from the date of submitting the application (proposed Art. 108 § 3 sentence 2 of the Code of Civil Procedure). In the view of the originator, this would not require waiting for the completion of the proceedings in the case.

Thirdly, in light of the proposal, the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* in each case are borne by the State Treasury. This also applies to the circumstances in which the costs of the trial have been ordered by the opponent of the party availing of legal aid. In such a case, however, the court, ordering the reimbursement of the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* to the State Treasury, would be obliged to award them from the State Treasury along with an order to pay the equivalent of these costs to the attorney appointed by the court (proposed Art. 108 § 5 of the Code of Civil Procedure).

V. Assessment of the proposed changes and own postulates

Proceeding to the evaluation of the submitted legislative proposal, it is necessary to fully share the conviction that there is a need for changes mentioned in the presented petition. Indeed, it seems essential. Nevertheless, it does not fully address all the flaws in the system of adjudicating on the costs of unpaid legal aid that have been noticed so far.

In particular, the most important postulate of the explicit introduction of the principle that the State Treasury bears the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* in each case deserves support. It is a crucial and long-awaited change, which would finally be in line with the principles expressed in Art. 29 sec. 1 of the Bar Law and Art. 22³ of the act on legal advisers. The attorney obtaining the remuneration and reimbursement of the necessary costs incurred for the assistance provided *ex officio* should be independent of the rules for adjudicating on costs in a specific process. This will eliminate cases where, due to the behaviour of the parties or third parties, an *ex officio* advocate or attorney-at-law may not be fully satisfied with the remuneration due to them or the costs incurred.

The proposal to separate the decision on awarding costs to the State Treasury, and the obligation to pay the equivalent of these costs by the State Treasury to the attorney, deserves approval. This solution will protect both the interest of the State Treasury to obtain reimbursement of the paid costs of unpaid legal aid granted *ex officio* and will also provide the attorney with a real possibility of obtaining remuneration and reimbursement of the necessary costs without undue delay. It will also ensure that the *ex officio* attorney will be released from the obligation to independently collect the sums due to him/her from the opponent of the party to whom s/he has provided legal representation.

Yet it seems that the proposed separation should go further, namely, in order to completely abandon the recognition of the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* in the costs of the trial within the meaning of Art. 98 of the Code of Civil Procedure in a situation where the court orders their payment to the attorney. In such a case, they should always constitute court claims, as they result from the public law relationship between the State Treasury and the attorney.⁴⁴ They may be included in the costs of the trial incurred by the party only when the court, in a decision concluding the proceedings, awards their equivalent to the Treasury from the opposing party. This will enable the attorney to obtain the remuneration due and reimbursement of costs irrespective of the outcome of the case – which should become the rule.⁴⁵

The above two proposals are fully consistent with the changes that have been taking place in other Western European countries for many years. They are also reminiscent of the evolution which the ruling on the remuneration of an *ex officio* attorney has undergone, e.g., in France.⁴⁶ It was only in 1972 that the legislator in that country finally broke with the principle of providing assistance by an *ex officio* lawyer for free (*a titre benevole*), introducing the obligation of the State Treasury to cover these costs on each occasion.⁴⁷ By launching the 1991 Act on Legal Aid,⁴⁸ and its subsequent amendments, this principle was improved due to significant delays in paying remuneration to attorneys. According to Art. 27 of the 1991 Act, an *ex officio* advocate receives remuneration and reimbursement of costs by way of a special flat-rate compensation (*une rétribution*). These sums are paid through the bar association, which receives a global subsidy from the Treasury for this purpose (Art. 27 of the 1991 Act). According to Art. 43 of this Act, in the event of awarding the costs of the trial from the party opposing the person who obtained *ex officio* legal aid, the court imposes an obligation on the latter to reimburse the State Treasury for the sums included in the costs of legal aid. In exceptional cases, the court may release a party from the obligation to reimburse these costs.

A similar situation has already been regulated since the 1970s⁴⁹ in Austrian law, where the self-governing Bar Association receives a general lump sum from the State Treasury to cover the costs of legal assistance provided *ex officio*.⁵⁰

44 The public-law nature of the relationship that takes place between the *ex officio* attorney and the State Treasury paying him/her remuneration was also emphasized in the inter-war doctrine, cf. J. Hrobóni, *O zapobieganiu błędom i rozbieżnościom orzecznictwa procesowego* [On preventing errors and discrepancies in the case law], "Polski Proces Cywilny" ["Polish Civil Procedure"] 1935, No. 17–18, p. 526.

45 This need has long been emphasized, cf. M. Schroeder, *Remuneration...*, p. 60.

46 In Polish doctrine, see K. Potrzobowski, *Zwalnianie od kosztów sądowych w sprawach cywilnych we Francji* [Exemption from court costs in civil cases in France], "Palestra" ["The Bar"] 1973, No. 2, pp. 109–110.

47 R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris 2010, p. 77.

48 *Loi n° 91–647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique*.

49 The new regulations were in part the result of the jurisprudence of the Austrian Constitutional Court; cf. in the Polish doctrine of S. Mizer, *Sukces adwokatury austriackiej w walce o pełną odpłatność za usługi adwokackie świadczone na rzecz osób uznanych za ubogie* [The success of the Austrian bar in the fight for full remuneration for lawyer services provided to people considered poor], "Palestra" ["The Bar"] 1973, No. 3, pp. 100–101.

50 W. H. Rechberger, [in:] W.H. Rechberger, D.-A. Simotta, *Grundris des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009, p. 228; A. Deixler-Hübner, T. Klicka, *Zivilverfahren*, Wien 2007, pp. 108–109. In Polish literature, cf. Z. Krzemiński, [in:] Z. Czeszejko-Sochacki, Z. Krzeminski, *Advocate...*, p. 72.

As can be observed, the French and Austrian legislators many years ago departed from the principle of awarding the opposing party the reimbursement of unpaid legal aid costs, which exempts the attorney from the obligation to conduct enforcement proceedings. The proposed changes should, therefore, be fully endorsed.

Another interesting solution is the proposal that the reimbursement of unpaid *ex officio* legal aid should be ordered in a separate decision, which is issued after the decision closing the case in the instance. In the opinion of the petitioners, this will enable such a decision to become final irrespective of the decision concluding the case, and thus make it possible to pay the attorney's remuneration sooner.

It is worth pointing out, however, that currently the decision on remuneration of the attorney, included in the judgement, may also become final regardless of the decision concluding the proceedings if it is not appealed against by any of the parties. In practice, according to the settled case law of the Supreme Court, a party who was granted legal aid *ex officio* has no interest in appealing against the decision on the costs of legal aid. Therefore, if it brings an appeal against the decision concluding the proceedings in the case, this will not affect the validity of the decision on the costs of the *ex officio* attorney. Yet, it is possible to challenge this decision by the party opposed to the party benefiting from legal aid. This is due to the assumption that, currently, the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* are included in the costs of the trial and the other party may file a lawsuit on their amount since they are to be ultimately borne by them.

The solution contained in the petition does not change this assumption, so the opposing party will still be able to challenge the decision (also issued separately) with regard to unpaid costs if it questions their amount. However, in the event of an appeal on the merits of the case, it should also appeal against the decision on costs, otherwise, it runs the risk that the court will charge it with the obligation to reimburse the costs to the State Treasury – also in the event that it wins the case in the second instance.

For the above reason, a better solution is the postulated explicit division of the decision on the costs of unpaid legal aid into two decisions. One, in which they are awarded by a separate decision to the attorney from the State Treasury (challengeable only by the attorney, and not by either party), and the other, where their equivalent is possibly awarded according to the outcome of the proceedings as part of the costs of the proceedings from the opposing party (challengeable by a party).

It is also worth highlighting that the dilatory circumstances in paying the attorney's costs also result from court practice, which, until the case is finally closed, does not refer final court judgements to be enforced in order to pay the due remuneration. In this regard, it is essential to propose a provision ordering the immediate payment of these costs to the attorney as soon as the provisions in this matter become final.

On the other hand, the solution that in the case of withdrawal or dismissal of an advocate or attorney-at-law appointed *ex officio* by the court, as well as in the case of termination of their appointment due to death of a party who received legal aid *ex officio*, the court, upon application of an advocate appointed *ex officio*, should decide on the reimbursement of the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* within 14 days from the date of filing the application, deserves full approval. Waiting in such a case,

often for many years, for the issuance of a judgement terminating the proceedings is unfounded.

However, it would be advisable to extend the proposed regulation concerning the adjudication of the costs of a court-assigned attorney when it is still in progress. Since, as indicated, the costs due to the attorney from the State Treasury should no longer be the costs of the trial within the meaning of Art. 98 § 1 of the Code of Civil Procedure,⁵¹ the principle of adjudicating on them after a final judgement has been given need not be absolute. It is possible that, in particularly justified cases, the court may rule on these costs or their part in the course of the proceedings. It should be proposed that the court could do it at the request of an advocate or attorney-at-law when it is justified by his or her particular interest, inter alia, in the event of termination of legal representation provided *ex officio* in the course of the proceedings. After all, it may also be justified by other reasons, e.g., the financial situation of the attorney or the need to incur a particularly high expense or the duration of the process being many years. In such a case, waiting for the end of the proceedings in a given instance could be particularly detrimental. This will enable the attorney to initiate incidental proceedings regarding the remuneration due or reimbursement of costs already during the proceedings and to obtain satisfaction at an earlier stage of the proceedings.

It should be noted, however, that the proposals contained in the petition, although agreeable to a large extent, are not synchronized with the other current solutions.

First of all, if these postulates were adopted, it would be necessary to repeal Art. 122 § 1 sentence 1 of the Code of Civil Procedure in the current wording, as leaving it in relation to the petition proposal would create an inconsistency. The proposal assumes that in any case the costs of the attorney are borne by the State Treasury, while the regulation of Art. 122 § 1 of the Code of Civil Procedure assumes that the attorney is to collect his/her own remuneration from the costs awarded to the party.

Secondly, it will be necessary to repeal § 6 of both regulations due to the elimination of subsidiarity of liability for the remuneration of the representative.

It should also be postulated so that the changes proposed here were included in Art. 108 of the Code of Civil Procedure. This erroneously petrifies the current state of affairs, according to which the remuneration of the costs of a court-assigned attorney is an element of the decision on the costs of the trial between the parties. The objective of the proposed amendments should be, as mentioned, to break with this link. Moreover, Art. 108 of the Code of Civil Procedure applies to the principle of uniformity of adjudication on costs, which is only slightly related to the scope of the presented change. Therefore, it is advisable that the above proposals be included in Art. 122 of the Code of Civil Procedure, which is traditionally devoted to the remuneration and costs of an *ex officio* attorney. This provision is included in a separate section II of the Code of Civil Procedure, entitled “Ex-officio legal assistance”. This will allow the provisions of the proposed amendments to be read in the spirit of the provisions of this chapter and in accordance with the purpose of the proposed amendment.

⁵¹ Cf. Resolution of the Supreme Court of 13 January 2017, III CZP 87/16, OSNC 2017/9, item 99, LEX No. 2186048.

In the light of the above, it needs to be proposed that Art. 122 of the Code of Civil Procedure should have the following wording:

§ 1. The costs of unpaid legal aid granted *ex officio* in each case shall be borne by the State Treasury.

§ 2. The reimbursement of the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* shall be granted by the court in a separate decision, which it issues after issuing a decision concluding the proceedings in the case, subject to § 4.

§ 3. In a case in which the costs of a suit were incurred by the adversary to the party benefiting from legal aid provided by an attorney appointed *ex officio*, the Court shall award the reimbursement of the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* from the adversary to that party to the State Treasury. In that event, an order for the payment of the equivalent of those costs from the funds of the State Treasury to the party's attorney *ad litem* shall be included in the order referred to in § 2.

§ 4. In cases justified by a legitimate interest of the advocate or attorney-at-law, and, in particular, in the case of withdrawal or dismissal of the *ex officio* advocate or attorney-at-law by the court, as well as in the case of expiration of the appointment of the advocate or attorney-at-law as a result of the death of the party who received legal assistance *ex officio*, the Court, upon application of the *ex officio* representative, shall decide on the reimbursement of the costs of unpaid legal assistance provided *ex officio*, or a part thereof, within 14 days from the date of filing the application.

§ 5. The application for awarding the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* shall include a statement that the fee was not paid in full or in part.

§ 6. The costs of unpaid legal aid granted from the State Treasury shall be payable to the advocate or attorney-at-law immediately after the ruling in this matter becomes final, regardless of the further course of the proceedings.

§ 7. The provisions on enforcement of decisions concerning court fees shall apply to the enforcement of a decision awarding the costs of unpaid legal aid granted *ex officio* to the State Treasury from the opposing party.

In view of the perceived tardiness in implementing decisions on awarding costs due to an attorney appointed by the court, it is necessary to introduce Art. 122 § 6 of the Code of Civil Procedure, which orders immediate payment of these funds after the decision becomes final, regardless of the further course of the case. This is a reference to the current Art. 93 sec. 2 of the Act on Court Fees in Civil Cases,⁵² which orders the payment of the amount due, *inter alia*, to a witness, expert, or interpreter. The current differentiation, due to the lack of appropriate regulations, is incomprehensible and harmful to public representatives.

The proposal contained in Article 122 § 7 of the Code of Civil Procedure will, in practice, make it easier for the State Treasury to enforce the costs awarded in its favour. According to the assumption of the proposal, Articles 119–125 of the Act on Court Fees in Civil Cases will apply to them, which provide for the enforcement of decisions in

⁵² The Act of July 28, 2005 on Act on Court Fees in Civil Cases (i.e., Dz.U. of 2020 item 755 as amended).

the area of court receivables. Currently, the concept of “court receivables” from Art. 119 of the Act on Court Fees in Civil Cases does not include the costs awarded to the State Treasury as reimbursement of the costs of legal aid provided *ex officio*. Meanwhile, in the jurisprudence of the Supreme Court, with regard to the issue of remuneration, the similar status of *ex officio* experts and attorneys in civil proceedings was repeatedly indicated.⁵³ It is, therefore, difficult to accept a situation in which only the former are granted the right to prompt payment of remuneration due.

VI. Alternative proposal as to the wording of Art. 122 of the Code of Civil Procedure

The proposed amendments, along with the proposed modifications, appear to best serve the presented objectives. However, should they not find acceptance, it is worth pointing out, regardless of this, the urgent need for changes in the content of Art. 122 of the Code of Civil Procedure.

As has already been mentioned, if the rule of unconditional liability of the State Treasury for the costs of unpaid legal aid provided *ex officio* is adopted, Art. 122 § 1 of the Code of Civil Procedure in its present wording should be repealed. Nevertheless, if the legislator did not decide to take such a step, the indicated provision still requires urgent changes.

If the subsidiary responsibility of the State Treasury for the costs of unpaid legal aid remains, it would be necessary to explicitly indicate in Art. 122 § 1 of the Code of Civil Procedure, that the court awards these costs from the opposing party in favour of the attorney. This is indispensable for the protection of an *ex officio* advocate or attorney-at-law. In practice, it would also reduce the problems with recovering the remuneration due to them. The party that obtained legal aid should not in any way be a beneficiary of the remuneration and costs incurred by the court-appointed attorney.

Secondly, the possibility, provided for in Article 122 § 2 of the Code of Civil Procedure, for the opposing party to deduct its own awarded costs from the costs due to the attorney, should be removed. The opposing party may not obtain benefits at the expense of the due remuneration of the *ex officio* attorney.

In this case, Art. 122 of the Code of Civil Procedure should read as follows:

§ 1. In the event of granting reimbursement of costs to the party for whom an advocate or attorney-at-law has been appointed *ex officio*, the remuneration and reimbursement of expenses due to the advocate or attorney-at-law shall be awarded to them.

§ 2. The receivables awarded to the advocate or attorney-at-law shall take precedence over the claims of third parties.

⁵³ Cf., inter alia, the justification of the Supreme Court of 25 June 2009, III CZP 36/09, OSNC 2010, No. 2, item 24.

VII. Conclusions

In light of the above considerations, the need for urgent changes with regard to adjudication and payment of remuneration due to attorneys and reimbursement of costs due to them raises no doubts. Otherwise, the provision of services by attorneys appointed by the court *ex officio* will be a risky activity for those attorneys and, above all, will affect the quality of assistance provided to those who are entitled to it.

These changes should go in the direction consistent with European trends, i.e., the introduction of the full principle of State Treasury liability for these costs. This liability should be unconditional, and payment of the remuneration due to the attorneys and reimbursement of costs should be immediate. The state should take responsibility not only for granting a party the right to legal aid but also for the quality of the aid provided and should ensure that it is properly financed.

Secondly, the obligation to pay the costs due to the attorney from the State Treasury should cease to be treated as an element of the adjudication of the costs of the proceedings to be borne by the parties and should become a court liability, i.e., a liability of public law nature, which it in fact is. In such a case, it is the State Treasury, in the event that the opposing party is ordered to pay the costs of the proceedings, that is the entity that should collect the equivalent of the disbursed funds in accordance with the rules applicable to the reimbursement of court receivables. It also requires a return to the discussion on improving the receivables collection model.⁵⁴

It should also be possible for the representative to request, in justified cases (e.g., a particularly long period of time before the end of the proceedings), a decision on the costs payable to him/her already during the proceedings. In particular, this should be the rule in the event of withdrawal or expiry of *ex officio* representation. Moreover, it is necessary to introduce a regulation requiring the immediate payment of the costs due to the *ex officio* attorney, as is currently the case with the receivables of witnesses, experts, or translators/interpreters.

⁵⁴ Cf., inter alia: T. Zawisławski, *Egzekucja należności sądowych, jako warunek spójności systemu kosztów sądowych w sprawach cywilnych* [Enforcement of court claims as a condition for the coherence of the system of court costs in civil cases], [in:] *Nowe zasady w zakresie kosztów sądowych w postępowaniu cywilnym* [New rules on court costs in civil proceedings], ed. K. Markiewicz, Warsaw 2014, p. 27 et seq.

Bibliography

Literature

- Apollo K., *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki. Komentarz* [Poor law in the light of doctrine and practice. A comment], Warsaw–Krakow 1938.
- Balasits A., *Act of August 1, 1895 on court proceedings in civil disputes (Civil Procedure)* [Act of August 1, 1895 on court proceedings in civil disputes (Civil Procedure)], Lviv 1895.
- Czeszejko-Sochacki Z., Krzemiński Z., *Adwokat z urzędu w postępowaniu sądowym* [Ex officio attorney in court proceedings], Warsaw 1975.
- Deixler-Hübner A., Klicka T., *Zivilverfahren*, Vienna 2007.
- Flaga-Gieruszyńska K., *Idea pomocy prawnej z urzędu w postępowaniu cywilnym* [The idea of ex officio legal assistance in civil proceedings], [in:] *Aequitas sequitur legem*, Jubilee book on the occasion of the 75th birthday of Professor Andrzej Zieliński, ed. K. Flaga-Gieruszyńska, Warsaw 2014.
- Flag-Gieruszyńska K., *Free legal aid as an instrument supporting the implementation of the constitutional principle of the right to a fair trial (based on the example of civil cases)*, [in:] *Wokół konstytucji i zdrowego rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam* [Around the constitution and common sense], Works dedicated to Professor Tadeusz Smoliński, ed. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011.
- Godlewski W., *Austrian civil procedural law* [Austrian civil procedural law], Lviv 1900.
- Gołąb S., *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o prawie ubogich z motywami* [Draft chapter of Polish civil procedure on the law of the poor with motives], [in:] *Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem* [Polish Civil Procedure. Drafts of clerks with justification], vol. I, Warsaw 1928.
- Grabowski S., *Jakie wynagrodzenie przysługuje adwokatowi zastępującemu stronę ubogą?* [What remuneration is an advocate entitled to when representing a poor party?], “*Czasopismo Adwokatów Polskich. Dział województw zachodnich*” [“Journal of Polish Attorneys. Department of Western Provinces”] 1934, No. 7–89.
- Hauser R., *Zwolnienie od kosztów sądowych – prawo ubogich* [Exemption from court costs – the right of the poor], [in:] *Państwo w służbie obywateli* [A state at the service of citizens], Jubilee Book of Professor Jerzy Świątkiewicz, ed. R. Hauser, L. Nawacki, Warsaw 2005.
- Hrobni J., *O zapobieganiu błędom i rozbieżnościom orzecznictwa procesowego* [On preventing errors and discrepancies in case law], “*Polski Proces Cywilny*” [“Polish Civil Procedure”] 1935, No. 17–18.
- Jodłowski J., *Czy adwokat strony ubogiej może sam egzekwować od przeciwnika sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków?* [Can the advocate of the poor party alone enforce from the adversary the sum due to him in the form of remuneration and reimbursement of expenses?], “*Nowy Proces Cywilny*” [“New civil procedure”] 1933, No. 12.
- Kaczyński M., *Pełnomocnik z urzędu* [Ex officio attorney], Warsaw 2014.
- Kaczyński M., *Zmiany w pomocy prawnej z urzędu w sądowym postępowaniu cywilnym dokonane ustawą z 17 grudnia 2009* [Changes in legal aid in court civil proceedings introduced by the Act of December 17, 2009], “*Palestra*” [“The Bar”] 2011, No. 7–8.

- Kobińska A., *Zaskarżalność postanowienia o przyznaniu od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz niedopuszczalność przyznania tych kosztów poniżej stawki minimalnej* [Suability of the decision on the award from the State Treasury of the costs of unpaid legal aid granted ex officio and inadmissibility of awarding these costs below the minimum rate], "Palestra" 2013, No. 1–2.
- Koredczuk J., "Prawo ubogich", czyli rzecz o próbie pogodzenia interesu jednostki z interesem państwa ["Poor Law", that is, an attempt to reconcile the interests of the individual with the interests of the state], [in:] *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawno-historyczne* [Material foundations of the state. Legal and historical issues] ed. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006.
- Krzeminski Z., *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym* [Attorney in civil proceedings], Warsaw 1971.
- Lewandowski M., *Problematyka bezpłatnej pomocy prawnej w RP na tle prawa do sądu* [The issue of free legal assistance in the Republic of Poland in the light of the right to a fair trial], "Monitor Prawniczy" 2009, No. 21.
- Mamiński M., *Ustanowienie pełnomocnika z urzędu po nowelizacji KPC* [Appointment of an ex officio attorney after the amendment of the CCP], "Monitor Prawniczy" 2010, No. 15.
- Mizera S., *Sukces adwokatury austriackiej w walce o pełną odpłatność za usługi adwokackie świadczone na rzecz osób uznanych za ubogie* [The success of the Austrian bar in the fight for full remuneration for lawyer services provided to people considered poor], "Palestra" ["The Bar"] 1973, No. 3.
- Perrot R., *Institutions judiciaires*, Paris 2010.
- Piekarski M., Vincenz H., *Przyczynki do dyskusji nad nowelizacją KPC* [Contribution to the discussion on the amendment to the CCP], "Głos Sądownictwa" 1937, No. 4.
- Pietrkowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych* [Procedural activities of a professional attorney in civil cases], Warsaw 2020.
- Ploszka A., *Publicznoprawny status jednostki skrajnie ubogiej* [Public-law status of an extremely poor individual], Warsaw 2019.
- Pogoda B., *Uwagi do art. 121 k.p.c.* [Comments to Art. 121 of the Code of Civil Procedure], "Głos Sądownictwa" ["The judiciary voice"] 1938, No. 2.
- Potrzebowski K., *Zwalnianie od kosztów sądowych w sprawach cywilnych we Francji* [Exemption from court costs in civil cases in France], "Palestra" ["The Bar"] 1973, No. 2.
- Rechberger W.H., Simotta D.-A., *Grundris des österreichischen Zivilprozessrechts*, Vienna 2009.
- Rylski P., *Dopuszczalność zażalenia na postanowienie w przedmiocie przyznania od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez pełnomocnika z urzędu* [Admissibility of a complaint against the decision on awarding the costs of unpaid legal aid from the State Treasury, granted by an ex officio attorney], "Palestra" 2013, No. 1–2.
- Rynkun-Werner R., *Adwokat z urzędu. Podstawowe zagadnienia prawne* [Court-assigned advocate. Basic legal issues], Warsaw 2011.
- Schroeder M., *Wynagrodzenie adwokata ustanowionego dla strony zwolnionej od kosztów i wynagrodzenie obrońcy z urzędu (uwagi «de lege ferenda»)* [The remuneration of

- the advocate appointed for the party exempt from costs and the remuneration of the court-appointed attorney (comments de lege ferenda)*], “Palestra” 1958, No. 1.
- Sorysz M., *Ustanowienie dla strony pełnomocnika z urzędu oraz obowiązki pełnomocnika w postępowaniu cywilnym na tle nowelizacji KPC z 17.12.2009 r. – zagadnienia wybrane* [Appointment of an ex officio attorney for the party and the obligations of an attorney in civil proceedings against the background of the amendment to the Code of Civil Procedure of December 17, 2009 – selected issues], “Monitor Prawniczy” 2010, No. 12.
- Supera Ł., *Stawki mniejsze niż życie* [Rates cheaper than life], “Palestra” [“The Bar”] 2012, No. 7–8.
- Szczepański J., *Wniosek o zwrot kosztów pomocy prawnej z urzędu – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 18.09.2017 r. (V CSK 677/16)* [Application for reimbursement of ex officio legal aid costs – gloss to the decision of the Supreme Court of September 18, 2017 (V CSK 677/16)], “Palestra” [“The Bar”] 2019, No. 4.
- Windakiewicz J., *Ustawa o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Procedura cywilna)* [Act on court proceedings in civil disputes (Civil Procedure)], Warsaw 1925.
- Zawiślak T., *Egzekucja należności sądowych, jako warunek spójności systemu kosztów sądowych w sprawach cywilnych* [Enforcement of court claims as a condition for the coherence of the system of court costs in civil cases], [in:] *Nowe zasady w zakresie kosztów sądowych w postępowaniu cywilnym* [New rules on court costs in civil proceedings], ed. K. Markiewicz, Warsaw 2014.
- Zembrzuski T., *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym* [Granting the right to the poor in civil proceedings], [in:] *Aurea praxis, aurea theoria*, Memorial Book in honour of Professor Tadeusz Ereciński, vol. 1, ed. K. Weitz, J. Gudowski, Warsaw 2011.
- Zieliński A., *Najnowsze zmiany Kodeksu postępowania cywilnego* [The latest changes to the Code of Civil Procedure], “Monitor Prawniczy” 2010, No. 7.

Legal acts

- Act of 17 December 2004 on the right to assistance in proceedings in civil cases conducted in the Member States of the European Union and on the right to assistance for the purpose of amicable settlement of a dispute prior to the initiation of such proceedings (Dz.U. of 2005 No. 10 item 67 as amended).
- Act of 17 December 2009 on amending the Act – Code of Civil Procedure and certain other acts (Dz.U. of 2010 No. 7, item 45).
- Act of July 28, 2005 on Act on Court Fees in Civil Cases (i.e., Dz.U. of 2020 item 755 as amended).
- Act of May 26, 1982 – Law on the Bar.
- Act of May 4, 1938 – Law on the Bar System (Dz.U. No. 33, item 289).
- Act on Attorneys-at-Law of July 6, 1982.
- Act on Patent Attorneys of April 11, 2001 (i.e., Dz.U. of 2021 item 944 as amended).
- Loi n° 91–647 du 10 juillet 1991 relative à l’aide juridique.

- Regulation of the Minister of Justice of 03 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid granted by a court-appointed attorney-at-law (i.e., Dz.U. of 2019, item 18).
- Regulation of the Minister of Justice of 03 October 2016 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid granted by a court-appointed attorney-at-law (i.e., Dz.U. of 2019, item 68).
- Regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on the State Treasury covering the costs of unpaid legal aid granted by a court-appointed attorney-at-law (Dz.U. item 1801).
- The Ordinance of the President of the Republic of Poland of October 7, 1932 – Law on the Bar System (Dz.U. No. 86, item 733).

Judgements

- Constitutional Tribunal judgement of 23 April 2020, SK 66/19, OTK-A 2020, No. 13.
- Decision of the Supreme Court of 14 July 2010, V CZ 51/10, LEX No. 1375553.
- Decision of the Supreme Court of 18 May 2011, III CZ 25/11, LEX No. 864008.
- Decision of the Supreme Court of 25 May 2010, I CZ 29/10, LEX No. 1308015.
- Decision of the Supreme Court of November 17, 2009, III CZ 53/09, OSNC 2010/5, item 79.
- Decision of the Supreme Court of October 14, 1998, II CKN 687/98, OSNC 1999, No. 3, item 63.
- Decision of the Supreme Court of September 8, 1982, I CZ 83/82, “Palestra” 1985, No. 3–4, item 28.
- Judgement of the Supreme Court of 19 August 1938, C.I. 1162/37, PS 1939/1, item 42.
- Judgement of the Supreme Court of November 2, 1954, 2 CZ 248/54, “Państwo i Prawo” 1955, No. 1, p. 150.
- Judgement of the Supreme Court of November 2, 1954, 2 CZ 248/54, “Państwo i Prawo” 1955/1, p. 150.
- Resolution of the Supreme Court of 13 January 2017, III CZP 87/16, OSNC 2017/9, item 99, LEX No. 2186048.
- Resolution of the Supreme Court of 20 May 2011, III CZP 14/11, OSNC 2012, No. 1, item 2, p. 9.
- Resolution of the Supreme Court of 25 June 2009, III CZP 36/09, OSNC 2010, No. 2, item 24, p. 36.
- Resolution of the Supreme Court of 25 June 2009, III CZP 36/09, OSNC 2010, No. 2, item 24.
- Resolution of the Supreme Court of March 1, 1989, III CZP 12/89, LEX No. 463039.
- Resolution of the Supreme Court of March 8, 2012, III CZP 2/12, OSNC 2012, No. 10, item 115, p. 30.

Jarosław Zagrodnik

University of Silesia¹

ORCID ID: 0000-0003-0428-8067

THE RIGHT TO THE ASSISTANCE OF THE DEFENSE COUNSEL IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

ABSTRACT

The article analyzes the standard of the accused's right to enjoy professional legal assistance as developed in the case law of the European Court of Human Rights. Its purpose is to illustrate the Court's broad understanding of this right, which is supported not only by its essential substantive components but also in its connection to the principle of a fair trial. It highlights the subjective and objective scopes of the accused's right to the assistance of the defense counsel as well as the question of the waiver of this right, the prerequisites for appointment of the public defender, and the criteria for the implementation of the guarantee standard arising from this right. In the conclusion, the author presents several reflections resulting from the juxtaposition of the "conventional" standard of the right to the assistance of the defense counsel with its implementation in the Polish legal order.

Keywords: right to the assistance of the defense counsel; right to defense; the accused's right, the principle of a fair trial, European Court of Human Rights.

¹ Jarosław Zagrodnik Ph.D., professor at the University of Silesia, attorney-at-law, expert of the Research, Studies, and Legislation Centre of the National Bar Council of Attorneys-at-Law in criminal, fiscal criminal, and disciplinary liability matters.

I. Introduction

The right to counsel is an essential component of the accused's right to defense. This almost self-evident statement is unequivocally confirmed in Article 6 of the Code of Criminal Procedure, while on the grounds of the European legal order, it is first and foremost laid down in Article 6.3.c of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,² from which it follows that a person accused of committing an offense punishable by law has the right to defend himself/herself through legal assistance of his/her own choosing or, if he/she has no sufficient means to pay for legal assistance, to be given it ex officio when the interests of justice so require. At the level of the European Union law, the right to legal advice and assistance of the defense counsel is further explicitly expressed in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.³

The prominence of the right to the assistance of the defense counsel in the referred regulations demonstrates the importance accorded to it in both national and European dimensions.⁴ This should not be surprising if one considers the role of defense counsels in terms of the overall implementation of the accused's right to defense. It can be said that the activity of the defense counsel on the part of the accused directly affects the extent to which that party exercises his/her procedural rights.⁵ While complementing them, it also serves to ensure that these rights are exercised in the most efficient manner, based on the professionalism of the defense counsel. It is, therefore, dictated by the professionalism of the legal representative, which can be closely linked to the ability to actually relieve the accused as a party to the litigation, which is of significance in the context of more efficient and easier communication with the trial bodies or their administrative facilities. Professionalism is a prerequisite for the accused to exercise his/her rights in the case of actions covered by the so-called obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law, e.g., appeals against judgments of district courts or cassations, which, in order to be effective, must be drawn up and signed by an attorney-at-law or advocate (Articles 446 § 1 and 526 § 2 of the Code of Criminal Procedure). It is also conducive to maintaining an appropriate distance from the case, allowing relevant aspects of the case to be seen more clearly, to soberly assess the factual and legal status of the circumstances of the case and, consequently, to make proper choices as regards the most optimal defense tactics and strategy. The confidentiality of contact between defense counsel and the accused, in conjunction with the duty of the trial representative to act solely for the benefit of the accused, means that, in terms of the defense in a criminal case, counsel often becomes the most trusted person for the accused, providing him/her with important mental and psychological support.⁶

2 Journal of Laws of 1993, No. 61, item 2854, as amended. The Convention is hereinafter referred to using the abbreviation "ECHR".

3 Official Journal of the European Union of 2016, C 202.

4 As an aside, one may note that, globally, the right to the assistance of counsel is supported by Article 14.3.d of the International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature on 16 December 1966 in New York (Journal of Laws of 1977, no. 38, item 167).

5 P. Wiliński, [in:] *System Prawa Karnego Procesowego*, editor-in-chief P. Hofmański, Vol. III: *Zasady procesu karnego*, part 2, ed. P. Wiliński, Warsaw 2014, p. 1543.

6 The presented arguments for using the assistance of the defense counsel refer to the reasons specified in the literature by S. Waltoś, [in:] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warsaw 2016, p. 308–309.

The above-mentioned considerations, which emphatically testify to the importance of legal assistance provided to the accused by the defense counsel, also justify an analysis of the contemporary pattern (standard) of the right to assistance of counsel. It is undoubtedly genetically anchored in the content of Article 6 of the ECHR, cited above. The general norm expressed in this provision, and thus the standard originally laid down therein, is developed and detailed in the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to using the abbreviation “ECtHR”). It should be stressed that the importance of that case law is not limited to the mere application of law and presentation of the correct understanding of the right to assistance of counsel. In the legal sphere of the European Union, the standard of the right to defense, including the right to assistance of the defense counsel, “forged” in the ECtHR judgments, significantly influences the shape of the EU secondary law, where it is reflected in three directives of the European Parliament and the Council, namely Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings,⁷ Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty⁸ (hereinafter abbreviated as “directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a lawyer in criminal proceedings”), and Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings.⁹

The following analysis of the pattern of the accused’s right to assistance of counsel that emerges from the ECtHR’s case law serves to demonstrate the Court’s broad and multifaceted approach to this issue, through the prism of which legal solutions governing the right to defense in domestic legal systems of individual states should be evaluated on the European grounds. The realization of this research assumption first requires drawing attention to the subjective scope of the right in question and its clear connection to the principle of a fair trial and the resulting consequences. Against this background, the content components of the right to assistance of counsel, the question of waiver of this right, the prerequisites for the appointment of a public defender, and the criteria for the implementation of the guarantee standard that arises from this right will be illustrated. The final issue is an attempt to take a comprehensive look at the model of the right to the assistance of counsel, which is well-established in the ECtHR case law, taking into account regulations governing this right in the Polish legal system. Taking into consideration the title of the article, in order to avoid misunderstanding, it should be pointed out that it has a dogmatic character, and its core is a logical and linguistic analysis of the ECtHR case law practice and legal norms on which it is based.

7 Official Journal of the European Union of 2012, L 142.

8 Official Journal of the European Union of 2013, L 294.

9 Official Journal of the European Union of 2016, L 297.

II. Subjective scope of the right to assistance of the defense counsel

The question of the subjective scope of the right to the defense counsel boils down to a determination of who the beneficiary of that right is. It is not sufficient in that regard to merely note that, in accordance with Article 6.3 of the ECHR *in principio*, the right in question is granted to the accused person who has been charged with a criminal offense, since it does not yet follow therefrom when this status is acquired, or, looking from another perspective, what determines the acquisition of the status of the accused, which gives the right to defense, including the assistance of counsel. In light of the ECtHR case law, it can be said without any risk of error that the concept of the “accused” should be clarified autonomously from the meaning of that term in the legal systems of the member states of the Council of Europe. Among the undisputed views is one that the concept of the “accused” in the normative sense arising from Article 6 of the ECHR cannot be narrowed in scope by referring to persons against whom an accusation (criminal case) has been brought before a court. On the other hand, in the Polish literature, one can find a standpoint according to which the analyzed notion should be linked in the given context with the official notification by a competent authority of a particular person about an allegation of committing a crime. According to this view, “we are dealing with” the state of accusation in the broad sense within the meaning of Article 6 of the ECHR in the case of formal formulation of charges against a person.¹⁰ It would follow therefrom that the status of the accused according to the cited regulation is determined by the formal institution of a criminal prosecution against that person. It is impossible to accept such a conclusion as well as the position preceding its formulation, which seems to be an expression of rather superficial analysis of the ECtHR case law. After all, it does not require exceptional insight to see that this case law clearly accepts that the existence of an accusation and, therefore, the status of the accused, does not necessarily follow from the official notification by a competent authority of an allegation of an offense, but may be a consequence of other facts that seriously affect the procedural situation of a certain person as the suspect.¹¹ According to the ECtHR, the conceptual scope of an “accusation in a criminal case” in the autonomous, conventionally understood sense encompasses not only those cases in which a certain person has been formally granted the status of the suspect but also those in which national authorities have credible reasons to suspect the involvement of a certain person in a crime.¹² For example, the Court assumes that the right of access to counsel arises not only when a person is arrested or questioned by the police but may also be relevant and arise in the context of an identification

¹⁰ See: C. Golik, *Funkcja informacyjna przedstawienia zarzutów*, “Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2021, no. 3, p. 33–34.

¹¹ See, inter alia, ECtHR judgment of 10 December 1982 in *Corigliano v. Italy*, A 57; ECtHR judgment of 10 December 1982 in *Foti and Others v. Italy*, A 56; ECtHR judgment of 21 February 1984 in *Öztürk v. Germany*, Application No. 16500/04.

¹² ECtHR judgment of 29.6.2016 in *Truten v. Ukraine*, Application No. 18041/08; ECtHR judgment of 24.1.2019 in *Knox v. Italy*, Application No. 76577/13.

procedure or a procedural reconstruction of events as well as an inspection at the scene of the crime.¹³

This position, expressed in the ECtHR case law, is now reflected in secondary EU law, i.a., in Articles 3(2)(a) and 3(3) of the Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings, which stipulate that the suspect has the right to communicate with his/her lawyer even before he/she is questioned by the police or some or other law enforcement or judicial authority. This is most clearly confirmed by the definition of the Directive's scope of application, which makes it clear that suspects or accused persons under the Directive are not only those who have been officially notified but also those who are otherwise informed that they are suspected or accused of having committed a criminal offense (Article 2(1) of the Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings). In addition, Article 2(3) of the Directive in question underlines that its provisions apply to persons who are not suspects or accused persons and who acquire this status only in the course of their questioning by the police or other law enforcement authority (Article 2(3) of the Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings).

These observations lead to the conclusion that the Convention's standard for the right of defense presupposes a broad understanding of the "accused", according to which, in addition to persons who have been formally notified about criminal charges against them, this status is accorded to persons who have been informed in some other way, for example, by first actions taken against them as part of the prosecution.¹⁴

III. The relationship between the right to counsel and the right to a fair trial

As regards the content-related analysis of the accused's right to the assistance of the defense counsel, it is necessary to stress that this right is recognized in the ECtHR case law not as an end in itself but as one of the specific aspects of the general right to a fair

¹³ ECtHR judgment of 17.2.2009 in İbrahim Öztürk v. Turkey, Application No. 16500/04; ECtHR judgment of 23.10.2018 in Mehmet Duman v. Turkey, Application No. 38740/09.

¹⁴ Both the Polish Constitutional Tribunal and the Supreme Court take a similar position. See: the judgment of the Constitutional Tribunal of 3 June 2008, ref. no. K 42/07, OTK-A 2008, no. 5; judgment of the Constitutional Tribunal of 11 December 2012, K 37/11, OTK-A 2012, no. 1; judgment of the Supreme Court of 9 February 2004, V KK 194/03, OSNKW 2004, no. 4, item 42. Incidentally, it should be noted that under the criminal procedural law there is a narrower understanding of the term "accused", according to which a beneficiary of the right to defense is a person against whom criminal proceedings have been formally instituted and, as a consequence, he/she has obtained the procedural status of the suspect (*argument ex* Article 71 of the Code of Criminal Procedure). This should be assessed critically not only from the point of view of a broad understanding of this concept on the grounds of the EU but also from the perspective of compliance of the current code regulation with the Constitution of the Republic of Poland. In light of the aforementioned provisions of the Directive, it should be strongly emphasized that the legislator's declaration included in reference 1 to the commented Code, stating implementation of the provisions contained in these regulations, is not supported by detailed solutions of this Code (see more broadly *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, ed. J. Zagrochnik, Warszawa 2020, p. 21–25).

trial.¹⁵ Taking a slightly broader perspective, and considering all rights of the accused to defense, one may say that they are subordinate to ensuring or contributing to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole. Therefore, they must be interpreted through the lens of the function they perform in the overall context of the proceedings,¹⁶ and their violation is reviewed through the lens of their impact on the irreparable impairment of the integrity of the entire proceedings.

In order to fully illustrate the relationship between the right to the assistance of the defense counsel and the fairness of a criminal trial, it is worth referring to the now classic ECtHR judgment in the matter of *Salduz v. Turkey*.¹⁷ In this case, the accused had no access to counsel during his interrogation by the police as well as before the public prosecutor and the investigating judge, and the lack of such access was not dictated by special reasons which would justify it but was systemic in the sense that it resulted from the applicable legal provisions. In his explanations to the police, the accused acknowledged that he had committed the alleged acts, and although he consistently denied these explanations during subsequent proceedings, they were used as the basis of his conviction. Turning to the facts outlined in general terms, the ECtHR stated that the presumption of the practicability and effectiveness of the rights guaranteed by the ECHR requires that, in principle, the right of access to the defense counsel must be available to the suspect from his first interrogation by the police. Several compelling reasons support, in the Court's view, ensuring the suspect's right to counsel early in the trial; first of all, the importance of the evidence gathered at this stage for setting the general framework for the recognition of the alleged acts in the course of the criminal trial, and thus, one might say, for shaping the program of the court's recognition of the case.¹⁸ In addition, consideration of the particularly difficult situation in which the suspect finds himself at the preliminary procedural stage, which is exacerbated by the complexity of the applicable rules of criminal procedural law, in particular as regards the rules on the collection and use of evidence in the criminal trial.¹⁹ Compensation for this special situation must be combined with the assistance of the defense counsel and his/her care to respect the rights of the suspect. Access to the counsel at an early stage of the proceedings serves to ensure that procedural steps to prove the charges against the suspect do not lead to testimonies being given under duress or against the suspect's will – in other words, that the very nature of the privilege of freedom from self-incrimination is not violated.²⁰ In the case of a suspect deprived of his/her liberty, this access is also the primary safeguard

15 ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*; Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09; ECtHR judgment of 12.5.2017 in *Simeonovi v. Bulgaria*, Application No. 21980/04. A similar approach to the rights of defense was presented by W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, Bydgoszcz 2000, p. 83.

16 ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/73; ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, combined Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09.

17 ECtHR judgment of 27.11.2008 in *Salduz v Turkey*, Application No. 36391/02.

18 ECtHR judgment of 12.7.1984 in *Can v. Austria*, no. 9300/81.

19 An analogous view is reflected in the ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*; Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09;

20 ECtHR judgment of 11.7.2006 in *Jalloh v. Germany*, Application No. 54810/00.

against ill-treatment.²¹ The above arguments should be seen as a concretization and exemplification of the reasons presented at the beginning, proving the importance of legal assistance provided by a professional defender.

Without undermining the arguments put forward in favor of providing the suspect with access to the defense counsel at an early stage of the proceedings, the ECtHR, in the judgment in question, exceptionally allowed for the possibility of restricting such access but subjected it to a two-stage review of such a restriction.

At the first stage, the reasonableness of this restriction is subject to verification. According to the Court's position, there must be compelling reasons for restricting access to the counsel at an early trial stage. Case law emphasizes the strict nature of this criterion, which determines that the restriction is only permissible in exceptional circumstances, and must be temporary and be based on an individual assessment of the specific circumstances of the case. The restriction so qualified may be based, for example, on the urgent need to avoid serious adverse consequences to life, liberty, or bodily integrity in a particular case. A police concern that allowing legal assistance would alert other suspects, and thus lead to a general risk of leaks unsupported by the evidence in a particular case, is not a compelling reason to restrict access to counsel.²² Nor is it provided by reference to the administrative practice of the authorities.²³

At the second stage, the prejudice to the right to defense caused by the restricted access to counsel is weighed against the fairness of the proceedings.²⁴ Even if such a restriction is justified by compelling reasons, it must be deemed impermissible if, in light of the proceedings as a whole, its effect is to deprive the accused of a fair trial. In *Salduz v. Turkey*, the ECtHR qualified the restriction of access to the assistance of counsel at an early stage of the proceedings in this way, emphasizing the irreversibility of the violation of the right to defense in this way due to the fact that the conviction was based on the suspect's testimonies given to the police without access to the counsel. It is worth noting that underlying this view was the finding that assistance provided by the counsel during the subsequent proceedings and its adversarial nature could not remedy the irregularities which occurred during the police testimony.

In a similar vein, the ECtHR ruled in the matter of *Beuze v. Belgium*, in which a suspect was interrogated in police custody without the opportunity to consult with counsel

²¹ The cited rationale justifying the accused's access to the defense counsel was somewhat more broadly presented in the ECtHR judgment of 9.11.2018, in *Beuze v. Belgium* (Application No. 71409/10), in which the Court stated that such access serves to prevent miscarriages of justice, to ensure equality of arms between law enforcement bodies and the accused, to provide a counterbalance to the vulnerability of suspects in custody, to provide a basic safeguard against coercion and ill-treatment of suspects by the police, to ensure respect for the accused's right to not self-incriminate himself or herself and to remain silent, and to prevent unfairness resulting from the lack of adequate information about the accused's rights.

²² ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*; Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09.

²³ ECtHR judgment of 12.5.2017 in *Simeonovi v. Bulgaria*, Application No. 21980/04.

²⁴ See also: ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09; ECtHR judgment of 12.5.2017 in *Simeonovi v. Bulgaria*, Application No. 21980/04.

beforehand and without the opportunity to ensure the counsel's presence, and during the subsequent judicial investigation, the suspect's counsel did not participate in the interrogations and other investigative activities. In these circumstances, without being sufficiently clearly informed about the right to refuse to make evidentiary statements, the suspect gave several testimonies which significantly affected the trial situation. The Court found that the described procedural defects, relating to the lack of access to the assistance of defense counsel and sufficient information about the right to refuse to testify, were not remedied in the course of the subsequent criminal proceedings. Finding, consequently, that they translated into the unreliability of the criminal proceedings taken as a whole, the Court expressed the view that in the realities of a particular case and a particular legal system this could result from the denying or obstructing of the defense counsel's access to the case file at the earliest stages of the criminal proceedings or pre-trial investigation, and his/her absence in the course of investigative activities such as confrontations or reconstructions.

The clear *iunctim* between the restricted access to the assistance of counsel and the standard of fairness of the proceedings, as revealed in the ECtHR judgments cited above, prompts us to direct attention towards a non-exhaustive list of factors which, in the opinion of the Court, should be taken into account when verifying procedural irregularities or negligence occurring in the course of pre-trial proceedings, including, of course, access to the assistance of the counsel, in terms of fairness of the criminal process taken as a whole and the impact on its irreversible impairment. These factors relate to the following aspects of the case:

- » whether the applicant was a vulnerable person because of his/her age or mental health condition,
- » the legal framework governing pretrial proceedings and the admissibility of evidence as well as their compliance with that framework,
- » whether the applicant had a chance to confront the authenticity of the evidence and object to its use,
- » the quality of the evidence and whether the circumstances under which it was obtained raise doubts as to its reliability and accuracy, taking into account the degree and nature of any potential coercion,
- » if the evidence was obtained unlawfully, the nature of that unlawfulness, and when it results from a violation of another provision of the ECHR, the nature of that violation,
- » in the case of testimonies, their nature and whether they were promptly withdrawn or amended,
- » the issue of the use of the evidence, particularly whether it is an integral or substantial part of the evidence on which the conviction was based, and the value of other evidence in the case,
- » whether the assessment of guilt was made by professional judges or assessors, and otherwise by members of the jury,
- » the importance of the public safety interest in the course of investigation and punishment of a particular crime,
- » other appropriate procedural safeguards provided for by national law and practice.

Taking into account the distinguished aspects of the assessment of the fairness of criminal proceedings as a whole, there should be nothing surprising in the position that the guarantee of this fairness cannot consist solely in the existence of mechanisms securing it in an abstract way and resulting from the applicable legislation. Its reality and effectiveness need to be verified by checking if these mechanisms worked in a specific case.²⁵

IV. Waiver of the right to the defense counsel

Integrally linked to the right to counsel is the problem of waiver of that right. The admissibility of such a waiver has not, in principle, been examined in the ECtHR case law, which seems fully understandable since it is, in a way, part of the very nature of the accused's right which, however, remains at his/her disposal, both in terms of exercising or waiving it. The subject of analysis, however, are the conditions for a proper and effective waiver of the right to counsel. In this matter, the Court adopts the standard of "knowing and deliberate waiver," emphasizing that its necessary prerequisite is that the suspect must be aware of his/her right to counsel and to remain silent, as well as of the privilege of freedom from self-incrimination. Awareness of these rights, on the other hand, requires that the suspect should be informed in advance of their existence, and failure to provide adequate information in this regard generally cannot be excused and disqualifies the effectiveness of the waiver of the right to counsel assistance.²⁶ The mere awareness of one's rights, however, is not sufficient; for the waiver of access to counsel to be effective, the suspect's statement of will in this regard must be voluntary. This condition almost without doubt precludes the effectiveness of the waiver of the right under review if the accused was subjected to inhuman and degrading treatment by the police.²⁷ The waiver of the counsel assistance is recognized in the ECtHR case law as revocable, on the understanding that it loses its validity if the accused, following a prior waiver, makes an express request to be allowed access to and the assistance of the counsel.²⁸

V. Minimum standard for guaranteeing the right to the counsel

In terms of the subject matter, it is essential to determine the minimum content components of the right to counsel, without which there can be no question at all of its

²⁵ See: ECtHR judgment of 9.11.2018 in *Beuze v. Belgium*, Application No. 71409/10.

²⁶ See: ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*, Applications No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09. See also: ECtHR judgment in *Dvorski v. Croatia* of 20.10.2015, Application No. 25703/11.

²⁷ See: ECtHR judgment of 6.1.2016 in *Turbylev v. Russia*, Application No. 4722/09.

²⁸ ECtHR judgment of 16.5.2017 in *Artur Parkhomenko v Ukraine*, Application no. 40464/05.

being realistically guaranteed. The ECtHR case law makes a distinction between two such components, namely:

- » the right to contact and consult with the counsel before questioning, including the right to give confidential instructions to the lawyer; and
- » the possibility of the physical presence of counsel at the first police interrogation and at every subsequent interrogation during the pre-trial proceedings.²⁹

As regards each of these components of the right to assistance of counsel, it can be said, without risk of major error, that they necessarily condition the efficiency and practicality of the provided legal assistance.

As regards the aspect of the right to contact and consult with counsel, the ECtHR focuses mainly on ensuring the confidentiality of this contact. It is without question that the relationship between the defense counsel and the accused is based on mutual trust and understanding, which conditions the effectiveness (practicality) of the defense.³⁰ Recognizing the importance of the counsel's ability to communicate with the accused without the presence of third persons, the Court allows the possibility of limiting the confidentiality of contact between them only in exceptional cases for compelling reasons. They include proving beyond doubt that there is a risk of collusion as a result of the accused's contacts with the defense counsel, or that there are grounds to question the professional ethics of the defense counsel or legality of his/her actions or reasonable grounds to believe that the counsel will abuse the confidentiality of his/her contact with the accused, or that it involves a risk of committing a serious crime.³¹ Dictated by such considerations, restrictions on the accused's ability to communicate with the counsel cannot negate the effective legal assistance to which the accused is entitled.³² When assessing them from the point of view of irreparable prejudice to the fairness of the proceedings taken as a whole, account must also be taken of the duration of the restrictions in question, the time during which the accused was afforded confidential access to his/her defense counsel in terms of the latter's sufficiency to provide an effective defense, and the extent to which statements made by the accused in a situation in which he/she had no opportunity to communicate with the counsel without the presence of third parties were used in the proceedings.³³ In the ECtHR case law, restricting the confidentiality of the contact between the accused and the defense counsel, which violates the guarantee standards under Article 6 of the ECHR, is seen, inter alia, in the eavesdropping of phone conversations between them, obsessive restrictions on the number and duration of the counsel's visits to the accused, breaches of the confidentiality of communications between them during video-conferencing, obstruction of confidential contact between

²⁹ ECtHR judgment of 9.11.2018 in *Beuze v. Belgium*, Application No. 71409/10.

³⁰ ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/03.

³¹ See: ECtHR judgment of 28.11.1991 in *S. v. Switzerland*, Applications No. 12629/87 and 13965/88; ECtHR judgment of 13.1.2019 in *Rybacki v. Poland*, Application No. 52479/99; ECtHR judgment of 25.7.2013 in *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications No. 11082/06 and 13772/05.

³² ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/03.

³³ ECtHR judgment of 13.1.2019 in *Rybacki v. Poland*, Application No. 52479/99; ECtHR judgment of 25.7.2013 in *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications No. 11082/06 and 13772/05; ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/03.

the accused and the counsel in the courtroom due to the exercised supervision, unjustified restriction of the confidential contact by the public prosecutor present during such contact, and threats of sanctions against the accused should he/she pass confidential information to the defense counsel.³⁴

Regarding the possibility of the counsel's physical presence during the interrogation, it should be emphasized that in order to guarantee the right to assistance of the counsel, it is not sufficient to allow his/her passive presence during the interrogation. It is necessary to create opportunities to actively assist the accused and intervene in order to ensure respect for the suspect's rights, including by pointing out to the accused during his/her interrogation that he/she has the right to remain silent and refuse to answer the questions. The suspect's right to assistance of the counsel is not limited merely to the question and answer phase of the interrogation but extends to those parts of the interrogation in which the evidentiary statements made are read out and the suspect is asked to confirm and sign them. Taking into account the already given arguments in favor of guaranteeing the suspect access to counsel at an early procedural stage, and the practice of Polish law enforcement bodies, which is not always compatible with the right to defense thus understood, one should explicitly emphasize the ECtHR's view that the police are generally obliged to refrain from questioning, or obliged to postpone if the suspect invokes the right to the assistance of the counsel during interrogation until the counsel is present and able to assist the suspect.³⁵

VI. Choosing the defense counsel and using the services of the public defender

It is clear from the provision of Article 6.3.c of the ECHR that the accused's right to assistance of the counsel may be exercised either through the selection of a lawyer who will represent his/her rights and defend his/her procedural interests in this role or through the appointment of the public defender.

While the ECtHR generally takes the position of protecting the autonomy of the accused's choice of defense counsel, this autonomy is not absolute. The Court allows this choice to be restricted, with a double caveat here, as in the case of restricting access to the defense counsel during the early stages of the proceedings. First, the court assumes that such a restriction may take place if there are substantial and sufficient grounds for believing that it is indispensable due to the interests of justice.³⁶ This can be linked to the

³⁴ ECtHR judgment of 27.11.2007 in *Zagaria v. Italy*, Application No. 58295/00; ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/03; ECtHR judgment of 25.7.2013 in *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications No. 11082/06 and 13772/05; ECtHR judgment of 13.1.2019 in *Rybacki v. Poland*, Application No. 52479/99; ECtHR judgment of 25.7.2017 in *M. v. the Netherlands*, Application No. 2156/10.

³⁵ ECtHR judgment of 27.11.2018 in *Soytemiz v. Turkey*, Application No. 57837/09.

³⁶ See: ECtHR judgment of 26 7 2002 in *Meftah and Others v. France*, Applications No. 32911/96, 35237/97 and 34595/97; ECtHR judgment of 25.8.1992 in *Croissant v. Germany*, Application No. 13611/88.

requirement of adequate specialization of lawyers entitled to take certain procedural actions. Second, if the indicated grounds are not present, the obligation arises to examine the restriction of the autonomy to choose the defense counsel through the prism of its impact on the fairness of the proceedings as a whole. A set of factors to bear in mind in such a review can be found in *Dvorski v. Croatia*.³⁷ These include the specific nature of particular proceedings in conjunction with particular qualification requirements of the defense counsel, the circumstances surrounding the choice of the defense counsel, and questioning of that choice by pressure on the accused instead of using existing legal instruments in this regard,³⁸ the effectiveness of assistance provided by the defense counsel, respect for the accused's privilege of freedom from self-incrimination, age of the accused, the court's use, even if only indirectly, of evidentiary statements made by the accused at the time when he/she was not provided with access to the defense counsel of his/her choice as *sui generis general knowledge*, and the extent to which such statements were used to make the factual findings that form the basis of the conviction.

The issue of the appointment of the public defender has attracted more attention in the ECtHR case law. In this regard, the Court exposes two conditions, clearly referring to the content of Article 6.3.c of the ECHR. Namely, it assumes that the right to assistance of the public defender is granted to the accused, firstly, if he/she shows that he/she does not have sufficient funds to pay for legal assistance³⁹ and secondly if there are interests of justice speaking in favor of providing such assistance by the state.⁴⁰

In order for the first condition to be considered fulfilled, it is not required to prove beyond a reasonable doubt that the accused did not have sufficient funds to pay for the costs of the defense of his/her choice. In this regard, the ECtHR is satisfied by the existence of facts indicating that the accused lacks funds to pay for the defense and that there are no clear grounds for making a different finding (*the absence of clear indications to the contrary*).⁴¹ Noteworthy is the ECtHR's position according to which refusal to appoint the public defender to prepare a cassation appeal if the same court only a few months earlier assessed differently the need to provide the accused with the public defender by appointing the counsel in appeal proceedings, and there is no evidence that would indicate a significant change in the financial condition of the accused, does not withstand confrontation with the guarantee standard set forth in Article 6.3.c *in fine* of the ECHR.⁴²

Verification of the second condition, which refers to the interest of justice, requires consideration of all factual and legal circumstances of the case. Based on this, the ECtHR case law assumes that from the perspective of compliance with Article 6.3.c of the ECHR, the reasonableness of the decision to "grant" the accused the assistance of the public defender should be evaluated not only on the basis of analysis of the procedural

37 See: ECtHR judgment of 20.10.2005, Application No. 25703/11.

38 See more: ECtHR judgment of 30.5.2013 in *Martin v. Estonia*, Application No. 35985/09.

39 ECtHR judgment of 29.8.2008 in *Caresana v. United Kingdom*, Application No. 31541/96.

40 ECtHR judgment of 24.5.1991 in *Quaranta v. Switzerland*, Application No. 12744/87.

41 ECtHR judgment of 25.4.1983 in *Pakelli v. Germany*, Application No. 8398/78.

42 ECtHR judgment of 18.12.2001 in *R.D. v. Poland*, Applications No. 29692/96 and 34612/97.

situation at the time the decision was taken, but also analysis of the situation prevailing at the time of adjudicating on the merits of the case.⁴³ This analysis should take into account the complexity of the case, the gravity of the crime, and the severity of the punishment faced by the accused as well as the accused's personal situation, including, inter alia, his/her age, foreign origin, lack of professional education, "underprivileged" background, or long criminal past.⁴⁴ In the case of appellate proceedings, the analysis, in addition to the gravity of the offense, should include the scope of the appellate court's authority and the punishment imposed on the accused in the lower instance.⁴⁵ Highly meaningful is the importance attributed in the ECtHR case law to the gravity of the crime and the associated punishment, showing that the penalty of imprisonment essentially determines that, in the interest of justice, the accused should be able to have the assistance of counsel and such assistance should be provided *ex officio*.⁴⁶ It follows that the right to free legal assistance is broadly defined. If the interests of justice speak in favor of guaranteeing the indicated right in a particular case, then the mere fact that this has not occurred means a failure to comply with the guarantee standard set forth in Article 6.3.c *in fine* of the ECHR. Taking a slightly different perspective, it can be said that this failure occurs regardless of whether the lack of assistance by the public defender, when its provision was dictated by the interests of justice, resulted in a real prejudice to the accused's exercise of the right to defense.⁴⁷

VII. Practicability and effectiveness of the right to the defense counsel

From the practical point of view, the essential measure of the accomplishment of the guarantee standard consisting of the provision of professional legal assistance to the accused is whether this assistance is practicable and effective. It is, of course, about its effectiveness in terms of using existing opportunities, within the limits of legitimate actions by the defense counsel, to undertake activities in the procedural interests of the accused, not in terms of "winning" the case. A formal appointment of the defense counsel does not guarantee this by itself. Taking this position, the ECtHR case law points out that the lack of a practicable and effective defense may be dictated by objective circumstances such as the death of the defense counsel or his/her serious illness or may result from subjective circumstances related to the defense counsel's evasion of his/her duties

43 ECtHR judgment of 28.3.1990 in *Granger v. UK*, Application No. 11932/86.

44 ECtHR judgment of 24.5.1991 in *Quaranta v. Switzerland*, Application No. 12744/87.

45 ECtHR judgment of 19.11.2015 in *Mikhaylova v. Russia*, Application No. 46998/08.

46 ECtHR judgment of 10.6.1996 in *Benham v. United Kingdom*, Application No. 19380/92; ECtHR judgment of 24.5.1991 in *Quaranta v. Switzerland*, Application No. 12744/87.

47 ECtHR judgment of 19.2.1991 in *Artico v. Italy*, Application No. 11910/85. Without risk of major error, one may say that *sui generis* guidelines for guaranteeing the right of access to professional legal assistance in a manner consistent with the principle of fair trial, stemming from the referred ECtHR case law, are reflected on the normative level in the previously referenced directives of the European Parliament and Council 2013/48/EU and 2016/1919/EU.

or performing them in a clearly unreliable manner.⁴⁸ Although by virtue of the independence of legal professions, the manner in which the defense assistance is provided is a matter of the relationship between the accused and the counsel, trial authorities cannot remain indifferent to the exemplified circumstances, which put into question the practicability and effectiveness of the defense. The rationale for this view seems fairly obvious. Suffice it to note that if the occurrence of such circumstances were ignored, considering the formal appointment of the defense counsel as authoritative, the right of the accused to benefit from his/her assistance would turn out to be purely theoretical and illusory. At the same time, while unequivocally opposing this, the ECtHR stipulates the duty of procedural authorities to be proactive in order to ensure that the accused has effective access to the assistance of the defense counsel if the lack of effective representation on his/her part is obvious or has been sufficiently brought to the attention of the authorities.⁴⁹ This activity is necessary when the defense counsel simply fails to act for the accused⁵⁰ at all or fails to meet important procedural requirements, and this cannot be seen as the result of an unconsidered line of defense or a simple lack of argumentation.⁵¹ It is also justified when the accused is assisted by the defense counsel of his/her choice, while the circumstances of the case, such as his/her age, high gravity of the charged crime, testimonies of the prosecution witnesses that appear to contradict each other, the accused's repeated absence during interrogations, and above all, the obvious lack of adequate representation on the part of the defense counsel, lead to the conclusion that it is necessary to urgently provide the accused with adequate protection of his/her rights.⁵²

The practicability and effectiveness of the guarantee of the right to assistance of the defense counsel dictate that the counsel's assistance should no longer be subjected to unduly formalistic conditions. Objections to the accused's participation in the trial, providing that the counsel's ability to act depend on this presence, have been considered as such in the ECtHR case law. By questioning this reliance, the Court unequivocally opted for allowing the defense counsel, who appears at the trial with the obvious purpose of defending the absent accused, to take action.⁵³

VIII. Summary

The above reconnaissance of the ECtHR's case law regarding the right to defense counsel has demonstrated a broad and clearly pro-guarantee understanding of this right, and

⁴⁸ See, inter alia, ECtHR judgment of 13.5.1980 in *Artico v. Italy*, Application No. 6694/74; ECtHR judgment of 9.4.2015 in *Vamvakas v. Greece (No. 2)*, Application No. 2870/11.

⁴⁹ ECtHR judgment of 21.4.1998 in *Daud v. Portugal*, Application No. 22600/93; ECtHR judgment of 24.10.1993 in *Imbrioscia v. Switzerland*, Application No. 13972/88.

⁵⁰ ECtHR judgment of 13.5.1980 in *Artico v. Italy*, Application No. 6694/74.

⁵¹ ECtHR judgment of 10.10.2002 in *Czekalla v. Portugal*, Application No. 38830/97.

⁵² ECtHR judgment of 20.1.2009 in *Güveç v. Turkey*, Application No. 70337/01.

⁵³ ECtHR judgment of 21.1.1999 in *Van Geyseghem v. Belgium*, Application No. 26103/95; ECtHR judgment of 22.9.1994 in *Pelladoah v. the Netherlands*, Application No. 16737/90.

a high standard of its protection under the Convention. This standard is based on determining the semantical scope of the right in question not only through the prism of its essential content but also in terms of the impact its restriction exerts on the fairness of the criminal process as a whole.

The model of the right to counsel assistance developed in the cited ECtHR judgments is, as has already been mentioned, a point of reference for assessing the implementation of this right in the domestic legal systems of individual states party to the ECHR. In the case of the Polish legal order, it is largely embodied in the provisions of the Code of Criminal Procedure. However, its reproduction cannot be said to be fully satisfactory. The regulation of the right to counsel at the stage of instituting a criminal prosecution against a given person should be strongly criticized. This is not just because it is necessary to end the situation in which access to the defense counsel depends on having the status of a suspect. The problem also lies in the fact that it is necessary to ensure a real right to contact the defense counsel before the first interrogation by the trial authority. Article 301 of the Code of Criminal Procedure regulates this issue insufficiently by far from the point of view of the Convention standards as well as EU secondary law. From the practical point of view, it may be a truism to observe that the lack of contact with the defense counsel before the first interrogation and his/her absence during this procedural action usually casts an irreversible shadow over the defense action and the full use of defense opportunities during the subsequent criminal trial. In view of the far-reaching interference in the sphere of legal freedoms brought about by the use of provisional detention as well as the resulting restrictions on the actual access to the assistance of the defense counsel and the effectiveness of the defense itself, it is necessary to advocate a *de lege ferenda* guarantee of the defense counsel's participation in the detention hearing and contact with the accused prior to questioning at that hearing in any case in which the court decides on the application of this preventive measure, not only when the defense counsel has already been appointed. In turn, given the threat of long minimum imprisonment, at least concerning felony cases, it would be appropriate to extend the guarantee of professional defense, resulting from the mandatory defense provided *de lege lata* in these cases with regard to court proceedings, to the pre-trial stage of the criminal process (Article 80 of the Code of Criminal Procedure). It is perhaps superfluous to point out that the implementation of these several postulates regarding the regulation of the accused's access to the defense counsel would certainly be a significant sign of progress in bringing legal regulations applicable in this regard closer to the standard of guaranteeing the right to assistance of the defense counsel under provisions of the ECHR, ECtHR case law and EU secondary law.

Bibliography

Literature

- Chmielniak Ł., Rychlewska-Hotel A., Klonowski M., Zagrodnik J., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, ed. J. Zagrodnik, Warszawa 2020.
- Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, Bydgoszcz 2000.
- Golik C., *Funkcja informacyjna przedstawienia zarzutów*, "Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2021, no. 3.
- Waltoś S., [in:] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warsaw 2016.
- Wiliński P., [in:] *System Prawa Karnego Procesowego*, editor-in-chief P. Hofmański, Vol. III: *Zasady procesu karnego*, part 2, ed. P. Wiliński, Warsaw 2014.

Legal acts

- Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Union of 2016, C 202.
- Code of Criminal Procedure – Act of 6 June 1997, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 30, as amended.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Journal of Laws of 1993, no. 61, item 2854, as amended.
- Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, Official Journal of the European Union of 2016, L 297.
- Directive 2012/13/EU of the European Parliament and the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, Official Journal of the European Union of 2012, L 142.
- Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, Official Journal of the European Union of 2013, L 294.
- International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature on 16 December 1966 in New York (Journal of Laws of 1977, no. 38, item 167).

Judgements

Case law of the Constitutional Tribunal and the Supreme Court

- Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 December 2012, ref. no. K 37/11, OTK-A 2012, no. 1.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 3 June 2008, ref. no. K 42/07, OTK-A 2008, no. 5.
 Judgment of the Supreme Court of 9 February 2004, V KK 194/03, OSNKW 2004, no. 4,
 item 42.

Case law of the European Court of Human Rights

ECtHR judgment in *Dvorski v. Croatia* of 20.10.2015, Application No. 25703/11.
 ECtHR judgment of 10.10.2002 in *Czekalla v. Portugal*, Application No. 38830/97.
 ECtHR judgment of 10.6.1996 in *Benham v. United Kingdom*, Application No. 19380/92.
 ECtHR judgment of 10 December 1982 in *Corigliano v. Italy*, A 57.
 ECtHR judgment of 10 December 1982 in *Foti and Others v. Italy*, A 56.
 ECtHR judgment of 11.7.2006 in *Jalloh v. Germany*, Application No. 54810/00.
 ECtHR judgment of 12.5.2017 in *Simeonovi v. Bulgaria*, Application No. 21980/04.
 ECtHR judgment of 12.7.1984 in *Can v. Austria*, no. 9300/81.
 ECtHR judgment of 13.1.2019 in *Rybacki v. Poland*, Application no. 52479/99.
 ECtHR judgment of 13.9.2016 in *Ibrahim and Others v. United Kingdom*; Applications
 No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, and 40351/09.
 ECtHR judgment of 16.5.2017 in *Artur Parkhomenko v Ukraine*, Application no. 40464/05.
 ECtHR judgment of 17.2.2009 in *İbrahim Öztürk v. Turkey*, Application No. 16500/04.
 ECtHR judgment of 18.12.2001 in *R.D. v. Poland*, Applications No. 29692/96 and 34612/97.
 ECtHR judgment of 19.11.2015 in *Mikhaylova v. Russia*, Application No. 46998/08.
 ECtHR judgment of 19.2.1991 in *Artico v. Italy*, Application No. 11910/85.
 ECtHR judgment of 2.11.2010 in *Sakhnovskiy v. Russia*, Application No. 21272/73.
 ECtHR judgment of 20.1.2009 in *Güveç v. Turkey*, Application No. 70337/01.
 ECtHR judgment of 20.10.2005, Application No. 25703/11.
 ECtHR judgment of 21.1.1999 in *Van Geyseghem v. Belgium*, Application No. 26103/95.
 ECtHR judgment of 21.4.1998 in *Daud v. Portugal*, Application No. 22600/93.
 ECtHR judgment of 21 February 1984 in *Öztürk v. Germany*, Application No. 16500/04.
 ECtHR judgment of 22.9.1994 in *Pelladoah v. the Netherlands*, Application No. 16737/90.
 ECtHR judgment of 23.10.2018 in *Mehmet Duman v. Turkey*, Application No. 38740/09.
 ECtHR judgment of 24.1.2019 in *Knox v. Italy*, Application No. 76577/13.
 ECtHR judgment of 24.10.1993 in *Imbrioscia v. Switzerland*, Application No. 13972/88.
 ECtHR judgment of 24.5.1991 in *Quaranta v. Switzerland*, Application No. 12744/87.
 ECtHR judgment of 25.4.1983 in *Pakelli v. Germany*, Application No. 8398/78.
 ECtHR judgment of 25.7.2013 in *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications
 No. 11082/06 and 13772/05.
 ECtHR judgment of 25.7.2017 in *M. v. the Netherlands*, Application No. 2156/10.
 ECtHR judgment of 25.8.1992 in *Croissant v. Germany*, Application No. 13611/88.
 ECtHR judgment of 26.07.2002 in *Meftah and Others v. France*, Applications No. 32911/96,
 35237/97, and 34595/97.
 ECtHR judgment of 27.11.2007 in *Zagaria v. Italy*, Application No. 58295/00.
 ECtHR judgment of 27.11.2008 in *Salduz v Turkey*, Application No. 36391/02.
 ECtHR judgment of 27.11.2018 in *Soytemiz v. Turkey*, Application No. 57837/09.
 ECtHR judgment of 28.11.1991 in *S. v. Switzerland*, Applications No. 12629/87 and
 13965/88.

- ECtHR judgment of 28.3.1990 in *Granger v. UK*, Application No. 11932/86.
ECtHR judgment of 29.6.2016 in *Truten v. Ukraine*, Application No. 18041/08.
ECtHR judgment of 29.8.2008 in *Caresana v. United Kingdom*, Application No. 31541/96.
ECtHR judgment of 30.5.2013 in *Martin v. Estonia*, Application No. 35985/09.
ECtHR judgment of 6.1.2016 in *Turbylev v. Russia*, Application No. 4722/09.
ECtHR judgment of 9.11.2018 in *Beuze v. Belgium*, Application No. 71409/10.
ECtHR judgment of 9.4.2015 in *Vamvakas v. Greece (No. 2)*, Application No. 2870/11.

Wojciech Piątek¹

Adam Mickiewicz University in Poznań
ORCID ID: 0000-0002-3494-1912

REPRESENTATION OF A PARTY BY A PROFESSIONAL COUNSEL IN ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS

ABSTRACT

The purpose of this article is to identify challenges that attorneys-at-law face in administrative court proceedings. These include the subjective scope of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law and the consequences of the professional counsel's shortcomings for the rights and obligations of the represented party as well as issues relating to the electronization of proceedings, participation of an attorney-at-law in a hearing, and the costs of legal representation. In conclusion, it has been pointed out that there is a need for a dialogue between judges and attorneys-at-law and advocates, in order to develop a more effective and argumentative way of conducting the trial and to discuss current issues that could improve the course of administrative court proceedings. Attention was also drawn to the need to introduce new forms of professional development for attorneys-at-law and the use of new technologies.

Keywords: proceedings before administrative courts, professional attorney, legal representation, costs of legal representation, electronization of proceedings.

¹ Professor Wojciech Piątek, PhD, Adam Mickiewicz University in Poznań. This paper is a part of research project no: UMO-2018/30/E/HS5/00421, financed by the National Science Centre (Poland), devoted to the appealability of administrative courts judgments.

Introduction

As we celebrate the 40th anniversary of the National Bar of Attorneys-at-Law, it is worth reflecting on the challenges that professional counsels currently face in administrative court proceedings. They concern not only the provision of professional legal services to the represented parties but also the participation of attorneys-at-law in the assessment of the legality of a specific manifestation of an act or omission of public administration made by administrative courts. Importantly, professionalism in the administration of justice is also the responsibility of all those who, through their professional knowledge and experience, are called upon to interact with and support its administration process. Undoubtedly, they include professional trial counsels, especially attorneys-at-law, who are the most numerous group of professional trial counsels appearing in administrative court proceedings.²

Bearing in mind the existing studies on the participation of professional counsels in administrative court proceedings, both theoretical³ and practical,⁴ the purpose of this article is not to discuss individual procedural issues, but to look at the mechanisms which determine the performance of the above-mentioned tasks. These include the subjective scope of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law, the consequences of the professional counsel's shortcomings for the rights and obligations of the represented party, and the challenges that professional counsels and their self-governing bodies currently face. They are a consequence, inter alia, of the progress in the electronization of administrative justice and the course of proceedings before administrative courts. Probably not without significance for the representation of the parties in court-administrative proceedings is also the remuneration paid to attorneys-at-law acting as legal representatives before courts, which has remained at a low level for several years. The main question accompanying the analysis concerns mechanisms by which participation of attorneys-at-law in administrative court proceedings would promote both the protection of the legal interests of the represented parties and the professionalization of the administration of justice. Due to the topicality and universality of the subject matter, it is hoped that the conclusions drawn from the analysis will be applicable to the participation of professional counsels in other court proceedings.

² In 2020, 6226 attorneys-at-law appeared in proceedings held before voivodeship administrative courts, a significantly higher number compared to 4407 advocates. A similar prevalence occurred in proceedings held before the Supreme Administrative Court (SAC), where there were 865 attorneys-at-law and 572 advocates. See: *Annual Report of the SAC Case Law Bureau for 2020*, Warsaw 2021, p. 13/14, 18.

³ Monographic studies in this regard are worth mentioning, including M. Grego-Hoffmann, *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warsaw 2012, and A. Grosińska, *Pełnomocnik profesjonalny w postępowaniu przed sądem administracyjnym*, typescript of a doctoral dissertation, Łódź 2016. See also: J. Wyporska-Frankiewicz, W. Kulig-Wyporska, *Profesjonalny pełnomocnik w ogólnym postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, "Palestra" 2015, v. 7/8, R. Stankiewicz, *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed NSA*, *Termidium.pl* 2019, https://www.termidium.pl/arttykul/przymus_adwokackoradcowski_w_postepowaniu_przed_naczelnym_sadem_administracyjnym-5534.html (accessed 23.2.2022).

⁴ In this matter, it is worth referring to the commentary studies, including in particular Article 175 of the Law on proceedings before administrative courts. Instead of many see H. Knysiak-Sudyka, [in:] *P.p.s.a. Komentarz*, ed. T. Woś, Warsaw 2016, p. 1059–1067.

Material scope of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law

When the shape of the two-instance administrative judiciary was under discussion, the introduction of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law was taken for granted.⁵ The adopted solution is provided for in Article 175 of the Law on proceedings before administrative courts,⁶ which limits the obligation to draw up a cassation appeal. The legislator referred to this provision four times in the context of drawing up a complaint against a decision of the court of the first instance on the rejection of a cassation appeal,⁷ an action for the reopening of proceedings when the SAC is competent to examine it,⁸ as well as drawing up action for declaring non-compliance of a final judgment with the law.⁹ Article 175 of the Law on proceedings before administrative courts has not changed significantly since it came into force.¹⁰

In the author's opinion, over a dozen years of obligatory legal representation in an unchanged form proves the right balance of goods when designing this solution. The obligation, due to the fact that it limits the parties' ability to independently take procedural actions, is an exception to the general rule expressed in Article 32 of the LPAC, according to which it is the parties to proceedings who have the choice of appearing before an administrative court, either in person or through a counsel. At the same time, this procedure is indispensable in situations where the complexity of a given procedural action is so high that an average citizen would not be able to cope with it. In other words, a lack of support by a professional entity would expose a party to adverse consequences in the field of that party's rights and obligations.¹¹ We are dealing with such a situation in the case of drawing up a cassation appeal, whose constituent elements are provided for in Article 176 of the LPAC. This obligation undoubtedly limits the parties' freedom to take procedural actions. In reality, however, it is in their interest because it protects the parties from serious consequences resulting from improperly taken complex legal actions.

5 R. Hauser, *Reforma sądownictwa administracyjnego – podstawowe założenia*, "Przegląd Podatkowy" 2003, v. 10, p. 56. See also: H. Knysiak-Molczyk, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Warsaw 2009, p. 171–172. See otherwise: T. Szewc, *Konstytucyjność skargi kasacyjnej w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, "Przegląd Sejmowy" 2008, p. 26.

6 Act of 30 August 2002 Law on proceedings before administrative courts, Journal of Laws of 2022, item 329, as amended, hereinafter referred to as the LPAC.

7 Article 194 § 4 of the LPAC.

8 Article 276 of the LPAC.

9 Article 285f § 3 of the LPAC.

10 Noteworthy is the addition to Article 175 of the LPAC of a new § 2a, which extends the exception from the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law to cases in which the President of the State Treasury Solicitor's Office of the Republic of Poland is a party to the proceedings, as well as when actions in the proceedings are taken by the State Treasury Solicitor's Office of the Republic of Poland on behalf of public administration bodies. This provision was added to Article 175 of the LPAC pursuant to Article 1 point 2 letter b of the Act of 8 June 2017 amending the Act – Law on proceedings before administrative courts, Journal of Laws of 2017, item 1370.

11 Besides, as noted by J.P. Tarno, the obligatory professional representation is a barrier to litigious men as it increases litigation costs. See: J.P. Tarno, *Pełnomocnictwo w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, [in:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004, p. 405.

When drawing up a cassation appeal, it is of utmost importance to rely upon cassation grounds which, by virtue of Article 183 § 1 *ab initio* of the LPAC, are binding upon the Supreme Administrative Court when examining the case. The court may not take into account any other pleas than those raised in the cassation appeal.¹² Their inaccuracy and imprecision translate directly to the results of the instance control. Importantly, the obligation to provide professional representation applies to both parties to the proceedings and all its participants, thus manifesting the principle of equality of parties.

The obligatory professional representation should not be extended to other procedural actions of the parties during the proceedings, including neither the filing of the appeal nor representation of the party in the proceedings before the Supreme Administrative Court. Such a requirement at the very beginning of the proceedings would quite significantly limit the party's access to judicial verification of a specific manifestation of an act or omission by the public administration. Certainly, it would create an opportunity to raise formal requirements for initiating such proceedings and release administrative courts from the obligation to make a comprehensive assessment of the legality of the challenged manifestation of an act or omission by a public administration body. Nevertheless, a procedure consisting in making judicial reviews dependent on the content of allegations formulated in the appeal could lead to the weakening of one of the basic functions performed by administrative courts, which is the protection of the objective legal order.¹³ In turn, the current mechanism of binding the first-instance court with the boundaries of the case would not relieve the administrative court from a comprehensive analysis of the case as a whole, thus not creating the potential to streamline the pending proceedings. In other words, the mere drawing up of the appeal by a professional, which would likely translate into fewer formal defects and greater precision of this legal remedy, would be beneficial.¹⁴ The author believes this effect would not be proportionate to the limitation of an individual's access to judicial protection against unlawful actions by the public administration.

It is the author's belief that the obligatory representation should not be extended to all proceedings held before the Supreme Administrative Court. If pursuant to Article 183 § 1 of the LPAC, the court remains bound by the grounds of the filed appeal, the course

¹² An exception in this matter is the grounds for invalidity of administrative court proceedings laid down in Article 183 § 2 of the LPAC. See also: the resolution of the Supreme Administrative Court of 7.12.2009, ref. no. I OPS 9/09, ONSAiWSA 2010/2/16, in which the SAC ruled that it is always necessary to take into account the judgment of the Constitutional Tribunal issued after a cassation appeal has been filed if the Tribunal ruled on the unconstitutionality of the normative act on the basis of which the decision being appealed against was issued. In turn, in its resolution of 8.12.2009, ref. no. II GPS 5/09, ONSAiWSA 2010/3/40, the Supreme Administrative Court stated that it is necessary each time to take into account the prerequisite for rejection of an appeal.

¹³ More on the functions of the administrative judiciary, see J.P. Tarno, [in:] J.P. Tarno, E. Frankiewicz, M. Sieniuc, M. Szewczyk, J. Wyporska, *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warsaw 2006, p. 24–30.

¹⁴ Since an appeal is filed with an administrative court through the agency of the body which issued the challenged act, the obligation to determine the subject matter of the appeal lies first with the authority which, pursuant to Art. 54 § 2 of the LPAC, should forward the appeal along with the response to it and files of the case to the court. However, it does not mean that it is not the duty of the court to review findings made by the authority.

of the proceedings is of no key importance for the final decision in the case taken by the Supreme Administrative Court. Yes, it is a manifestation of the principle of internal and external openness of the judicial process, which in a country with a low level of confidence in public institutions, including the judiciary, plays a significant role.¹⁵ Besides, extending this obligation to the entire proceedings before the Supreme Administrative Court would not be conducive to the protection of this confidence, since individual subjects would not have the opportunity to present their own position before the SAC, including their own feelings and emotions.¹⁶ Contrary to appearances, direct contact with a party to the proceedings, listening to his/her arguments and observing his/her behaviour, may be relevant to making a decision in a particular case, and for this reason, they are pointed out by judges as an important background for the global evaluation of the case under examination.

At the same time, the obligatory professional representation applicable in the current shape should be maintained as it creates the basis for disputes before the highest instance in administrative court litigations to be content-related, which should ultimately foster the protection of the interests of the party filing the cassation appeal. Since judges of the Supreme Administrative Court are persons with high legal qualifications and knowledge of administrative law,¹⁷ they should work on such material in individual cases that will provide an opportunity to use their skills for the development of the practice and theory of administrative law. In order to achieve this goal, it is also necessary to involve entities that, thanks to their knowledge and experience, when drawing up a cassation appeal, will be able to engage in dialogue with the court, consisting not only of pointing out shortcomings of the court of lower instance but also in ways in which administrative law could be further developed.¹⁸ Putting it differently, and without aiming

¹⁵ Based on the results published annually by CBOS, in 2010 44% of the respondents trusted, while 45% of the respondents did not trust the courts. 12% of respondents were undecided. See: R. Boguszewski, "Zaufanie społeczne. Komunikat z badań" 2010, Nr BS/29/2010, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2010/K_029_10.PDF (accessed 23.2.2022). In 2016, the level of confidence in the judiciary in Poland oscillated at 45%. See: M. Omyła-Rudzka, "Zaufanie społeczne. Komunikat z badań" 2016, Nr 18, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2016/K_018_16.PDF (accessed 23.2.2022). In 2020, the level of trust in the judiciary oscillated at 42%, and the level of distrust in the judiciary – at 45%. See: M. Omyła-Rudzka, "Zaufanie społeczne. Komunikat z badań" 2020, Nr 43, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2020/K_043_20.PDF (accessed 23.2.2022).

¹⁶ It is true, as S. Mateja pointed out, that the obligatory professional representation "fences the court off from direct contact with the interested parties themselves". See: S. Mateja, *Uwagi krytyczne o przymusie adwokackim*, "Głos Sądownictwa" 1933, v. 3, p. 214. This observation confirms the unique nature of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law.

¹⁷ This is evidenced by the wording of Articles 6 to 7 of the Act of 25 July 2002 – Law on the system of administrative courts, Journal of Laws of 2021, item 137, as amended.

¹⁸ As noted by R. Stankiewicz, the standard of professionalism of an attorney-at-law is based on the assumption that he/she will fulfill his/her duty in a professional manner thanks to the proper professional preparation, experience, and principles of professional ethics. See: R. Stankiewicz, *Przymus adwokacko-radcowski...* Similarly, R. Hauser, J. Drachal, and E. Mzyk stressed that the main reason for the introduction of the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law was to guarantee a high level of legal services. See: R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Omówienie podstawowych zasad i instytucji procesowych*, Warsaw–Zielona Góra 2003, p. 114–115.

to absolutize either the position of the SAC judges or the skills of professional trial counsels, both these professional groups should be required to make progress in interpreting the law, to discover new, effective forms of protecting individuals from unlawful actions by the public administration, and to determine ways it should pursue in order to fully implement the rule of law. For all this, a substantive reflection on the current legal regulations is needed, which can be given by those who are familiar with it and have the proper conditions for action.

Effect of professional shortcomings of counsels on the legal situation of the represented party

Looking back to the recent history of court rulings, it can be said that representation by a professional trial counsel was sometimes perceived only in terms of benefits, excluding the possibility of a negative impact on the rights of the represented party, which was justified by the very essence of the role performed by the counsel.¹⁹ From the outset, the author was opposed to such a position, seeing no reason why the represented party should not bear all sorts of consequences associated with the decision on how to participate in the administrative court proceedings and a particular professional counsel.²⁰ Adopting a contrary view would distort the essence of representation, which boils down to the actions taken by a third party for and on behalf of the represented entity.²¹ In each case, the choice of counsel is an expression of the trust that the principal places in his/her representative. A consequence of this relationship is that the party agrees to all kinds of consequences that may arise from entrusting the conduct of affairs to another person. Adopting the opposite view would raise numerous detailed questions relating to the type of the counsel's errors which the party should not be burdened with, how such errors should be remedied, the procedural situation of parties not represented by a professional counsel or represented by a non-professional entity and, last but not least, how the position of such a party compares to the protections afforded to a party represented by a professional counsel.

Separate consideration should be given to the creation of mechanisms that would protect individual parties from choosing a counsel who by his/her conduct could cause more harm than good in the legal sphere of the represented party. This task, both in

¹⁹ In the judgment of 8.4.2014, ref. no. SK 22/11, the Constitutional Tribunal ruled that in Article 175 of the LPAC, the legislator set a trap for citizens by subjecting the cassation appeal in administrative court proceedings to the obligatory representation provided by advocates or attorneys-at-law and burdening them with the consequences of their shortcomings. According to the Constitutional Tribunal, such a solution cannot be defended in the context of the principle of trust in the state and the law created by it.

²⁰ W. Piątek, *Gloss to the judgment of the CT of 8.4.2014, ref. no. SK 22/11, "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego"* 2014, v. 4, p. 177–178.

²¹ As noted by M. Grego, the theory of representation assumes that the actions of a counsel are the actions of a party. Thus, even unethical conduct of a counsel is effective in the administrative court proceedings in which he/she represents a party. See: M. Grego-Hoffmann, *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warsaw 2012, p. 251.

a positive and negative context, rests inter alia with the bodies of the National Bar of Attorneys-at-Law. It is worth noting that a few years ago, a demand was formulated to establish a separate group of professional counsels who would be allowed to represent parties in proceedings before courts of highest instance.²² This solution is known in other jurisdictions.²³ It was not supported in Poland, as evidenced by the absence of any regulations differentiating or limiting the participation of professional counsels before the courts of highest instance or the Supreme Court. The duty to choose a counsel knowing administrative law rests with the individual. Taking into account a progressing specialization in all branches of law, above all the administrative law,²⁴ one of the characteristics of which is the lack of a general part combined with a significant diversity of specific regulations, this choice is fraught with the risk of granting a power of attorney to an attorney-at-law who has no experience of participating in disputes before administrative courts.²⁵ It seems that individuals are not always aware of the consequences of choosing a professional counsel²⁶ and there is room for action to be taken in this matter by professional self-governing bodies, which should make efforts to improve the level of knowledge of counsels in the field of administrative law²⁷ as well as react to glaring examples of improper performance of this role by individual persons.²⁸ It remains an open question as to how far attorneys-at-law could set limits of their professional specialization themselves²⁹ as well as how and by whom it should be reviewed. In my opinion, it is

²² K. Osajda, *Pełnomocnicy uprawnieni do wnoszenia kasacji i występowania przed najwyższymi organami sądowymi*, "Palestra" 2004, v. 11/12, p. 137–139.

²³ In the Polish literature, see E. Stawicka, *Uprawnienie adwokatów do uczestniczenia w cywilnych procedurach kasacyjnych w wybranych państwach europejskich*, "Palestra" 2002, v. 7/8, p. 137–138; K. Osajda, *Pełnomocnicy uprawnieni do wnoszenia kasacji i występowania przed najwyższymi organami sądowymi*, "Palestra" 2004, v. 11/12, p. 133–134.

²⁴ It is also prominent in the administrative judiciary. See more: W. Piątek, *O różnych sposobach dążenia do specjalizacji sędziów orzekających w sprawach administracyjnych*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2020, v. 2, p. 63–73.

²⁵ Such a situation does not automatically entail the risk of substantively inadequate representation of a party. However, this risk is greater than in the case of a counsel who has more in-depth knowledge and experience in the area of administrative law.

²⁶ On the other hand, Article 244 § 3 of the LPAC, which in the course of proceedings for granting the right to assistance gives a party the possibility to designate by name and surname the professional counsel whom that party would like to be represented by in the proceedings before the administrative court, deserves a nod of approval. Even if such a designation is not binding on the regional bar association of the attorneys-at-law, it both rewards those parties that make the effort to be represented by a particular, non-accidental counsel and proves the good reputation of the latter.

²⁷ These sorts of activities (training, lectures, workshops) are probably being undertaken. The question is how well they serve the stated goals of increasing the level of expertise of professional counsels.

²⁸ The question worth raising here is how information about this kind of negligence comes to light, and to what extent an administrative court should be involved in this type of activity. The amendment to Article 177 of the LPAC gave an opportunity to discuss this issue. See more: R. Hauser, A. Skoczyła, W. Piątek, *Środki odwoławcze w postępowaniu sądownoadministracyjnym w świetle ustawy nowelizującej z dnia 9 kwietnia 2015 r. – analiza najistotniejszych zmian*, "Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2015, v. 4, p. 12–14.

²⁹ P. Rojek-Socha, *Specjalizacja sposobem na konkurencję – prawnicy widzą konieczność zmian*, prawo.pl of 30.01.2020, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/czy-prawnik-moze-tytulowac-sie-jako-specjalista-w-danej,497553.html> (accessed 2.3.2022).

worthwhile making efforts in this direction by providing attorneys-at-law with a clear organizational framework for specialization, while giving individual entities a clear signal and thus the right to choose a counsel proficient in a particular category of cases.

Contemporary challenges which the National Bar of Attorneys-at-Law faces in connection with the participation of attorneys-at-law in administrative court proceedings

Electronization of proceedings

Although the process of the electronization of the administrative judiciary is drawn out in time, already in the current legal situation one can easily find regulations that refer to the tasks posed to professional trial counsels.³⁰ The legislator rightly assumes these entities have the potential for greater technological progress, counting on the professionalism of their business activities. At the same time, this progress should translate into easier access to information provided by the court and improved communication between the court and the professional counsel.

The electronization of administrative court proceedings and openness of the courts to technological innovations have gained greater momentum with the outbreak of the COVID-19 pandemic. Currently, some hearings before administrative courts are held remotely³¹; the same form of a public hearing was inscribed in the LPAC.³² Step by step counsels gain access to case files held in electronic form, at all times, contact with current court case law is provided through the judgment finder.³³ However, there is still much to be done in this field because the judiciary does not keep up with global technological progress, as can already be seen in the case of many disputes, both private and public, submitted to arbitration.³⁴ Moreover, there are no detailed technical regulations governing remote hearings.

³⁰ These concern, for instance, the sphere of electronic delivery. Pursuant to Article 9.1.2 of the Act of 18 November 2020 on electronic service (Journal of Laws of 2020, item 2320), a practicing attorney-at-law is obliged to have an address for electronic service entered in the database of electronic addresses, linked to the public service of registered electronic service or qualified service of registered electronic service.

³¹ The basis for this is Article 15zszs⁴.2 and 15zszs⁴.4 of the Act of 2 March 2020 on special solutions relating to the prevention and control of COVID-19, other communicable diseases, and crisis situations caused by them (Journal of Laws of 2021, item 2095, as amended, hereinafter referred to as the Covid Act).

³² See: Article 94 § 2 of the LPAC. The indicated regulation, however, has not been synchronized with the wording of Article 15zszs⁴.2 of the Covid Act, which may lead to practical confusion in the event of a switch from the special to the general mode after the passing of one year from the cancellation of the state of epidemic.

³³ The Central Database of Administrative Court Judgments is available at orzeczenia.nsa.gov.pl. It provides broad access for citizens to almost all court decisions. In other, more technologically developed countries like Norway, work to create such instruments is still ongoing.

³⁴ One should also take into account a decreasing number of cassation appeals filed with the Supreme Administrative Court in the last two years. In 2020, the number of cassation appeals decreased by 2563

In view of the ongoing pandemic, it is worth considering whether and how representation of a party by a professional counsel should translate into increased access of the party to the court. This perspective raises specific questions regarding whether it should be incumbent upon a professional counsel to ensure the party's active participation in a remote hearing in a situation in which the party declares an intention to participate, but lacks proper technical capabilities; should the professional counsel himself/herself have the right to refuse to participate in a remote hearing, and should he/she provide the court with reasons for his/her decision? In the author's view, a professional counsel should have no choice about attending a remote hearing. Professionalism is coupled with access to court case law and other legal knowledge resources that are today available in electronic form. It is hard to assume that modern professional counsel remains excluded in this sphere. Moreover, the introduction of the counsel's duty to ensure that the represented party should be technically able to participate in the case should not automatically be rejected.³⁵ Such a solution would weaken the argument for the digital exclusion of individuals, which is usually raised when remote hearings are conducted.³⁶ A similar duty lies with courts in civil proceedings.³⁷ In turn, each court should be obliged to further develop its instruments of electronic communication with the parties and their counsels, so that all information about a pending case could be read on computer screens, e.g., by logging onto a specially created website.³⁸

Participation in the trial

One of the problems with hearings before administrative courts in Poland is their rather formal (ossified) course, which usually boils down to the parties of the trial expressing their standpoints with no wider interaction with either the court or each other. While the duty to improve this rests primarily with the court, it is worth asking how the

cases compared to 2019. In turn, in 2019 the number of filed cassation appeals decreased by 3385 cases compared to the previous year. In the author's opinion, one of the reasons for this is that the period of waiting for the appeal to be examined exceeds two years. See: *Annual Report of the SAC Case Law Bureau for 2020*, Warsaw 2021, p. 17; *Annual Report of the SAC Case Law Bureau for 2019*, Warsaw 2020, p. 17.

35 It is an open question to define the technical requirements for the implementation of this obligation, which should be done in consultation with the professional self-governments.

36 According to the data available in the Consumers Federation report, 4.51 million Poles have never used the Internet. Another 1.82 million use it occasionally. See more in: *Federacja Konsumentów. Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii*, January 2021, p. 5.

37 Pursuant to Article 15zsz¹ of the Covid Act, at the request of a party or summoned person, filed at least 5 days before the scheduled date of a remote session, the court should provide that party or person with the opportunity to participate in the remote session in the court building, if he/she indicates in the request that he/she has no technical equipment allowing participation in the remote session outside the court building.

38 Some states have already established such systems for accessing files and all information about cases in the courts. For example, in Lithuania it is called LITEKO (*Lietuvos teismų informacinė sistema*) and can be accessed at www.e.teismas.lt. The system is financed from the state budget and is used for civil, criminal, and administrative court disputes.

participation of an attorney-at-law can help increase the level of courtroom interaction and provide the court with the information necessary to decide the case. The first answer that comes to mind is the sheer level of preparation of the professional counsel for the hearing, including not limiting himself/herself to repeating the contents of the filed pleading. It is necessary for counsel to be open to questions asked by the court, to attempt a dialogue in the courtroom, to not be afraid of presenting his/her point of view, and to not look for signs of bias in the court's behaviour without substantial reasons.³⁹ Clearly, the above comments are general and apply not only to the hearing itself but also to soft skills, including ease of contact and openness to criticism. Perhaps these kinds of abilities should be more widely developed during training conducted by attorneys-at-law who can easily relate to others and have extensive courtroom experience in this field. Lack of reflection on the conduct of the hearing may significantly limit the potential of a public court hearing, including lack of mediation and of creating a conviction among all participating parties about the substantive course of the hearing. In the author's opinion, failure to make changes in this area will result in further allegations about the lack of clarity as to the course of the hearing, and thus a low level of confidence in the judiciary.

No less important is the role of an attorney-at-law outside the courtroom, including explaining the complexities involved with participation in court proceedings to the party. The key in this field is to provide the party with a realistic assessment of the legal situation in the case, rather than conjuring up a vision of an easy win. Just as the court should strengthen the prestige of the professional counsels during the hearing by not leading to situations showing a possible (imagined?) lack of knowledge or orientation of the counsel in the case, the counsel should strengthen the prestige of the court outside the courtroom by not making the court solely responsible (guilty?) for the outcome of the proceedings. Questions that arise on this occasion relate to the training program for trainees as well as the professional training of attorneys-at-law. Do they include the issue of how to contact principals in particularly difficult situations, for example, to talk about losing a case or the lack of a realistic chance of success in an appeal against a judgment? As with the participation of an attorney-at-law in the trial, not everything should depend on his/her soft skills. They can and should be shaped throughout his/her professional career.

Costs of legal representation

Finally, it is worth mentioning the issue of the costs of legal representation in administrative court proceedings, which for many years have remained at the same low level⁴⁰ despite increasing fees linked with the practising of the profession, not to mention

³⁹ The fear of being suspected of bias is one of the primary arguments made by the judicial community in discussions about increasing the level of discourse at trial.

⁴⁰ It follows from § 14.1.1.c of the regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on fees for activities of attorneys-at-law (Journal of Laws of 2018, item 265) that in cases in which the subject matter is not a monetary amount, the minimum rate in proceedings before administrative courts is only PLN 480. Pursuant to paragraph 2 of the cited § 14 of the regulation, in proceedings before the SAC, it

high inflation. All of this makes the participation of an attorney-at-law in administrative court proceedings unattractive from an economic point of view. Fees should be increased, both in the case of appointing a council of choice and under the legal assistance procedure. Their current level may negatively translate into the degree of the trial counsel's commitment during the case or even a reluctance to participate in administrative court proceedings. The work of professional counsel is undoubtedly undervalued by the legislator, and this should be quickly improved. Administrative courts also have room for action in this regard; they should make more frequent use of the possibility to award higher costs,⁴¹ particularly in those situations where the professional counsel's effort in drawing up the pleading and conducting the case is grossly disproportionate to the minimum rate.

Also worthy of note is the situation in which a counsel appointed under the legal assistance procedure took action in the case which resulted in the party's resignation from initiating administrative court proceedings. In the opinion of the author, that counsel should not be denied in advance the reimbursement of the costs of legal representation,⁴² rather each such case should be individually examined, and a distinction should certainly be made between a situation in which the counsel took no actions at all, or only apparent actions, or that were far more preliminary to substantive involvement, and a situation in which the counsel's activity was real and measurable in the form of specific conduct by the party influenced by the counsel's action.

Summary

Participation of a professional trial counsel in administrative court proceedings undoubtedly affects which how the judiciary functions *in genere*. Attorneys-at-law are part of the judicial apparatus in the broad sense of that term. Their attitude, the motions they file, and the strategies they adopt determine, to a large extent, the effectiveness of the courts' work, understood in terms of the degree of professionalism as well as efficiency and speed of proceedings.

There is a need for a dialogue between judges and attorneys-at-law and advocates on a much larger scale, in order to develop a more effective, argumentative way of conducting the trial and to discuss all current issues that could improve the course of administrative court proceedings. Such a dialogue has been successfully implemented in

is subject to a percentage reduction. This basic rate (480 PLN) set forth in § 21.1.1.c of the regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the incurring by the State Treasury of costs of unpaid legal assistance provided ex officio by an attorney-at-law (Journal of Laws of 2016, item 68) is only PLN 240.

⁴¹ In the regulation on the incurring by the State Treasury of costs of unpaid legal assistance provided ex officio by an attorney-at-law, the basis for setting the fee in the amount of up to 150% of its basic rate is § 4.2 of the regulation of 3 October 2016. In turn, § 15.3 of the regulation of 22 October 2015 on fees for activities of attorneys-at-law provides for an amount that may not exceed six times the minimum rate.

⁴² See otherwise: the decision of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław of 6.10.2014, ref. no. I SO/Wr 15/14, CBOSA.

countries of Western culture without any suspicions of bias or other kinds of ill intentions guiding judges or professional counsels. It is about time that elements of such a dialogue, at least in the form of working meetings between representatives of the professional self-government and judges, also become normal practice in Poland.

The jubilee of the National Bar of Attorneys-at-Law, apart from being a legitimate reason to celebrate, should also be an incentive to reflect on new forms of improving the professional skills of attorneys-at-law in the field of administrative law and taking advantage of new technologies. This is the task of professional self-government for decades to come. The more it is undertaken creatively and passionately, the more the professional self-government will play the role of a standard-setting body in the area of professional legal services provided to both private entities and public administration bodies.

Bibliography

Literature

- Boguszewski R., “Zaufanie społeczne. Komunikat z badań” 2010, Nr BS/29/2010, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2010/K_029_10.PDF (accessed 23.2.2022).
- Grego-Hoffmann M., *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warsaw 2012.
- Grosińska A., *Pełnomocnik profesjonalny w postępowaniu przed sądem administracyjnym*, typescript of a doctoral dissertation, Łódź 2016.
- Hauser R., *Reforma sądownictwa administracyjnego – podstawowe założenia*, “Przegląd Podatkowy” 2003, v. 10.
- Hauser R., Skoczylas A., Piątek W., *Środki odwoławcze w postępowaniu sądowoadministracyjnym w świetle ustawy nowelizującej z dnia 9 kwietnia 2015 r. – analiza najistotniejszych zmian*, “Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, v. 4.
- Knysiak-Sudyka H., [in:] *P.p.s.a. Komentarz*, ed. T. Woś, Warsaw 2016.
- Knysiak-Molczyk H., *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warsaw 2009.
- Osajda K., *Pełnomocnicy uprawnieni do wnoszenia kasacji i występowania przed najwyższymi organami sądowymi*, “Palestra” 2004, v. 11/12.
- Piątek W., *O różnych sposobach dążenia do specjalizacji sędziów orzekających w sprawach administracyjnych*, “Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, v. 2.
- Rojek-Socha P., *Specjalizacja sposobem na konkurencję – prawnicy widzą konieczność zmian*, *prawo.pl* of 30.01.2020, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/czy-prawnik-moze-tytulowac-sie-jako-specjalista-w-danej,497553.html> (accessed 23.2.2022).
- Stawicka E., *Uprawnienie adwokatów do uczestniczenia w cywilnych procedurach kasacyjnych w wybranych państwach europejskich*, “Palestra” 2002, v. 7/8.
- Stankiewicz R., *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed NSA*, *Termidium.pl* 2019, https://www.termidium.pl/artukul/przymus_adwokackoradcowski_w_postepowaniu_przed_naczelnym_sadem_administracyjnym-5534.html (accessed 23.2.2022).

- Szewc T., *Konstytucyjność skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, “Przegląd Sejmowy” 2008.
- Tarno J.P., *Pełnomocnictwo w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, [in:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004.
- Tarno J.P., [in:] J.P. Tarno, E. Frankiewicz, M. Sieniuc, M. Szewczyk, J. Wyporska, *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warsaw 2006.
- Wyporska-Frankiewicz J., Kulig-Wyporska W., *Profesjonalny pełnomocnik w ogólnym postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, “Palestra” 2015, v. 7/8.

Legal acts

- Act of 2 March 2020 on special solutions relating to the prevention and control of COVID-19, other communicable diseases, and crises caused by them (Journal of Laws of 2021, item 2095, as amended),
- Act of 30 August 2002 Law on proceedings before administrative courts, Journal of Laws of 2022, item 329, as amended.
- Act of 8 June 2017 amending the Act – Law on proceedings before administrative courts, Journal of Laws of 2017, item 1370.
- Regulation of the Minister of Justice of 22 October 2015 on fees for activities of attorneys-at-law (Journal of Laws of 2018, item 265).
- Regulation of the Minister of Justice of 3 October 2016 on the incurring by the State Treasury of costs of unpaid legal assistance provided ex officio by an attorney-at-law (Journal of Laws of 2019, item 68).

Judgements

- Resolution of the SAC of 7.12.2009, ref. no. I OPS 9/09, ONSAiWSA 2010/2/16.
- Resolution of 8.12.2009, ref. no. II GPS 5/09, ONSAiWSA 2010/3/40, judgment of the CT of 8.4.2014, ref. no. SK 22/11, “Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, v. 4.

Piotr Rączka¹

Nicolaus Copernicus University in Toruń
ORCID ID: 0000-0002-1097-5712

Karolina Rokicka-Murszewska²

Nicolaus Copernicus University in Toruń
ORCID ID: 0000-0001-5402-4137

GLOSS TO THE JUDGEMENT OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT OF 6 MAY 2021, II GSK 1057/20 (PARTIALLY CRITICAL)

ABSTRACT

Gloss to the judgement of the Supreme Administrative Court (SAC) of 6 May 2021, II GSK 1057/20, is another voice in the debate on the quality of training for young lawyers. The authors considered the judgment to be an obstacle to the formulation of general theses relating to the legal training and vocational training of trainees attorney-at-law and their impact on the quality of the services they provide in the future. The role of the National Bar of Attorneys-at-Law is to ensure the proper exercise of those professions in the public interest and for the protection of the public interest. The training of young lawyers therefore affects not only the provision of legal services to different actors, but also the need to safeguard the public interest. In the glossed

¹ Attorney-at-law (Bar Association of Attorneys-at-Law in Toruń), post-doctoral degree; Professor at Nicolaus Copernicus University in Toruń (NCU); Head of the Chair of Administrative Law at NCU; member of the Local Government Board of Appeal in Toruń from 1999 to 2010; author of publications in the field of law and administrative procedure.

² Attorney-at-law (Bar Association of Attorneys-at-Law in Toruń), PhD; assistant professor at the Chair of Administrative Law at NCU; author of publications in the field of law and administrative procedure.

judgement the Court rightly pointed out that the result of the examination must correspond to the level of legal training. However, it went beyond the scope of the decisions on the results of the examinations, which are laid down in a regulation according to which the administrative courts do not review the marks awarded by the examiners, but the result of the examinations based on them. A divergent, inappropriate judgement by the SAC could lead to a five-instance trial. The SAC has no power to comment on the content of the appraisals, which would require an appropriate legal definition of the criteria for the submission of the individual appraisals, which would appear to be impossible in the context of expert appraisals.

Keywords: attorney-at-law training, trainees attorney-at-law, vocational examination, attorney-at-law examination

The examiners give their grades using the scale and assessment criteria contained in the Act (cf. Art. 36⁴ sec. 10 and Art. 36⁵ sec. 2 of the AAL), and these grades are the implementation of the principle of the free assessment of evidence and a manifestation of the individual approach of specialists who, on the one hand, guarantee the knowledge of the rules of law and an objective assessment of the correctness of the solutions applied, and on the other hand, contain an element of their own “expert” assessment of the level of work. (thesis from Legalis legal information system)

The glossed judgement of the Supreme Administrative Court (SAC) was issued due to a complaint lodged by an exam candidate who took the examination for attorneys-at-law against the resolution of the 2nd degree Examination Committee at the Minister of Justice for appeals against the results of the attorney-at-law examination conducted in March 2019. As a result of its dismissal by the judgement of the Provincial Administrative Court in Warsaw of June 24, 2020, the applicant filed a complaint in cassation, which the Supreme Administrative Court dismissed by the above-mentioned judgement.

The judgement issued in the case concerning the failed professional examination by the trainee attorney-at-law constitutes a cause for a broader analysis of the scope of control of administrative courts provided for in Art. 36⁸ of the Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law,³ which stipulates that against a resolution of the appeal committee (pursuant to Art. 36⁸ sec. 2 of this Act, this is the 2nd-degree Examination Committee at the Minister of Justice), a complaint may be lodged with the administrative court. Moreover, the analysis of the judgement in question may also be an impetus for a wider discussion about current issues related to the education of young attorneys-at-law, and in particular to the search for an answer to the question of whether the model of training for trainees not only for attorneys-at-law proposed in the corporate acts is optimal, or whether the implementation of tasks delegated in this regard to professional self-governments fits into the constitutional role of these entities and, finally, whether other solutions should

³ Act of 6 July 1982 on legal attorneys-at-law (Dz.U. of 2020, item 75, as amended), hereinafter: the AAL or the Act.

be sought in this respect. The authors will make an attempt to refer to the signalled issues, treating the ruling in question as an incentive to formulate more general theses referring to the structure of trainee attorney-at-law education provided for by law. Yet, in the case of the form of analysis, i.e., gloss, the reference to a specific judgement is of paramount importance. Additional, more general considerations elude this form of study, hence this analysis is in fact a hybrid study, aspiring to formulate more general conclusions, including *de lege ferenda*.

I. Scope of administrative court control

The starting point for the analysis of the first formulated problem (of a glossary nature) must be outlining the procedure accompanying the fulfilment of the statutory condition for entry on the list of attorneys-at-law, which, pursuant to Art. 24 sec. 1 point 6 of the AAL *in fine*, is to pass the attorney-at-law exam. The analysis of exceptions to this condition is beyond the framework of this paper and will be omitted. Detailed issues related to the attorney-at-law examination, including the grade for this examination, are regulated in Chapter 4 of the AAL “Attorney-at-law training and the attorney-at-law examination”, and in particular in Art. 36 – 36⁹ of the Act.

When characterizing the attorney-at-law training and the concluding final exam, it should be emphasized that pursuant to Art. 32 of the AAL “the purpose of the attorney-at-law training is to prepare the trainee to properly and independently practise the profession of an attorney-at-law, in particular, to develop skills in legal representation, drafting letters, contracts and legal opinions, and learning the rules of practising the profession”, and the attorney-at-law exam consists in checking the legal preparation of a person taking the attorney-at-law examination for – which the Supreme Administrative Court highlights in the judgement – independent and proper performance of the profession of an attorney-at-law (Art. 36⁴ sec. 1 of the AAL). In numerous judgements, the administrative courts also stressed that “the objective of this procedure (i.e., Examination procedure – author’s note) is primarily to check the knowledge and degree of legal preparation of the person sitting the exam in terms of the ability to independently and properly practice the profession of attorney-at-law. In the proceedings concerning the determination of the result of the attorney-at-law examination, it is the duty of the Examination Committees to protect the public interest, which in this case should be understood as ensuring the possibility of practising the profession of public trust by persons duly prepared for this”.⁴ This is a vital point because it means that excessive leniency – issuing a higher mark in case of doubt – is against the public interest, and in fact also against the interest of the trainee who will not obtain the knowledge and competence required to properly perform the occupation of attorney-at-law. The Supreme

⁴ Judgement of the SAC of 24 November 2021, II GSK 411/18, Legalis No. 2643578; see also the judgement of the SAC of 19 March 2013, II GSK 2333/11, Legalis No. 666758; judgement of the SAC of 10 July 2012, II GSK 195/12, Legalis No. 779461.

Administrative Court, in its judgement of 10 July 2012, also indicated that “The essence and nature of the professional examination oblige the candidates, also in the scope of the task under civil law, to notice and raise all significant shortcomings of the court, and the proposed method of solving the examination task should contain correctly formulated allegations and conclusions as well as a proper justification for them. Since passing the attorney-at-law examination is to authorize to practise the profession, the solution adopted by the trainee should meet the requirements of the law, so that s/he can function in legal transactions as an effective measure, protecting the interests of the represented party in the best possible way in accordance with the content of the examination assignment”.⁵ In the voted judgement, the Supreme Administrative Court (SAC) rightly emphasized that the most important thing is that “the result of the attorney-at-examination should correspond to the level of legal preparation for the above-mentioned profession, and not, which is of secondary importance, to the interest of the person taking the examination, interested in obtaining a positive result”. Administrative courts, in their judgements, agree that the solution of the task, even if correct in terms of formal and substantive law, which, however, does not take into account the interest of the party that the test taker represents, in accordance with the task, proves that s/he is not prepared to properly practise the profession of attorney-at-law.⁶

The achievement of these objectives is to be carried out through the procedure provided for in an act, the essence of which comes down to a thorough assessment of the candidate’s preparation. The analysis of the ruling being the subject of the study requires the presentation of a legal regulation governing the rules of assessing the examinee. Pursuant to Art. 36⁵ sec. 2–4 of the Act, the assessment of the solution of each task from the first to the fourth part of the attorney-at-law examination is conducted independently of each other by two examiners specialising in the fields of law covered by the written work; one from among those indicated by the Minister of Justice, the other from among those indicated by the National Council of Attorneys-at-Law, taking into consideration, in particular, compliance with formal requirements, the application of relevant legal provisions and the ability to interpret them, and the correctness of the method of solving the problem proposed by the exam taker, taking into account the interest of the party s/he represents in accordance with the task. Each of the examiners who check the written assignment issues a partial mark and prepares a written justification for the partial mark and submits it immediately to the chairman of the examination committee, who encloses all the justifications for the partial marks for the examinee’s work in the report of the attorney-at-law examination. The final grade for a written assignment on a given task in the part of the attorney-at-law exam is the average of the partial grades awarded by each examiner.

On the other hand, to determine the final result of the examination, Art. 36⁶ of the Act applies. Pursuant to this provision, a candidate who receives a positive grade for

⁵ Judgement of the SAC 10 July 2012, II GSK 195/12, Legalis No. 779461.

⁶ Judgement of the SAC of 10 June 2015, II GSK 1155/14, Legalis No. 1395246; judgement of the SAC of 12 August 2021, II GSK 1478/18, CBOSA (Central Base of Administrative Court Decisions); judgement of the SAC of 8 August 2012, II GSK 1037/12, CBOSA; judgement of the Provincial Administrative Court (PAC) in Warsaw of February 5, 2020, VI SA/Wa 2379/19, Legalis No. 2392313.

each part of the examination receives a positive result from the attorney-at-law examination. By applying this principle, the examination committee adopts a resolution which constitutes the result of the attorney-at-law examination. This resolution is then delivered to the exam taker, and a copy of the resolution is sent by the committee to the Minister of Justice, the President of the National Council of Attorneys-at-Law, the competent council of the Regional Chamber of Attorneys-at-Law, and attached to the personal files of the candidate.

The legislator, in order to guarantee wider protection of the legal interest of the candidate, provided for an appeal procedure against the resolution of the examination committee. According to Art. 36⁸ sec. 1 of the AAL, the examinee may appeal the resolution on the result of the attorney-at-law examination to the 2nd degree Examination Committee at the Minister of Justice within 14 days from the date of receipt of the resolution. For the proceedings before the appeals committee, pursuant to Art. 36⁸ sec. 12 of the AAL, the provisions of the Code of Administrative Procedure shall apply accordingly.⁷

The Act on Attorneys-at-Law also provides for judicial control of decisions taken by examination committees. According to Art. 36⁸ sec. 11 of the Act on appeal against a resolution of the appeals committee, a complaint may be lodged with the administrative court. Obviously, taking into account the principle of two-instance administrative court proceedings, a cassation appeal may be lodged with the Supreme Administrative Court against the judgement issued in this case by the Provincial Administrative Court.

The analysis of these provisions leads to several conclusions that are crucial for further considerations:

- » the appeal to the appeal committee provided for in the provisions of the Act is not against the marks given by examiners, which are of an expert nature, but against the resolution on the examination result;
- » the resolution on the examination result is not an administrative decision, because in such a case, the reference to the appropriate application of the provisions of the CAP in the proceedings before the appeal committee would be redundant, and the provisions of the Code would apply directly pursuant to Art. 1 of the CAP;
- » in the proceedings before the appeal committee, the provisions of the CAP do not apply directly, but accordingly;
- » the resolution of the appeal committee may be appealed against to the administrative court, based on Art. 36⁸ of the AAL in connection with Art. 3 § 3 of the Act on proceedings before administrative courts,⁸ and not any of the points of Art. 3 § 2 of the Law on Proceedings before Administrative Courts.

In the context of these findings resulting from the analysis of the provisions of the Act on Attorneys-at-Law, it should be emphasized that, in the authors' view, the voted judgement indicates that the SAC went beyond the scope of control of the resolution on the result of the examination provided for by law. The subject scope of the control

⁷ Act of June 14, 1960 – Code of Administrative Procedure (Dz.U. of 2021, item 735, as amended), hereinafter: CAP.

⁸ The Act of August 30, 2002, Law on Proceedings before Administrative Courts (Dz.U. of 2022 item 329), hereinafter: LPAC.

is determined by the regulation clearly stipulating that the administrative courts verify not the grades given by examiners, but the examination result determined on their basis, which obtained the form of a resolution adopted by the examination committee. In its substantiation, the court incorrectly defines the result of the examination with the concept of a decision – unless it does not use this concept in relation to an administrative decision, but as a different name of a decision resulting from the decision-making process (adjudication settlement). If the resolutions were administrative decisions, then the regulations referring to the appropriate application of the provisions of the CAP in the context of the regulation contained in Art. 1 of this Code, as well as providing for the possibility of bringing a complaint to the administrative court, in the context of Art. 3 § 2 point 1 of the LPAC, should be considered erroneous or even irrational.

Nevertheless, without a doubt, the court rightly indicates in the justification of the voted judgement that the resolution of the committee ('decision', as the court calls it) on the determination of the result of the attorney-at-law examination is not a decision made in accordance with, or under, administrative discretion, but is bound in its character, which undoubtedly constitutes a significant protection of the examinee against an arbitrary result of the examination, which is not covered by examiners' grades. The use of administrative discretion in this situation would mean that the authority would have the right to choose the content of the decision so that if positive marks were obtained in each part of the exam, there would be a potential possibility of obtaining a negative result in the exam, or vice versa – a negative mark in one or more parts of the exam would not exclude the possibility of obtaining a positive result in the attorney-at-law examination. The examination committee is bound by Art. 36⁶ sec. 1 of the AAL, according to which a positive result from the attorney-at-law exam is awarded to the examinee who received a positive grade for each part of the attorney-at-law exam.⁹ Even though the legislator provided for certain limited decision-making discretionary powers (related to the introduction of the grading scale from excellent to insufficient in Art. 36⁴ sec. 10 of the AAL), however, the members of the examination committee are bound by the normative directives of the choice of consequences.¹⁰

The binding relation concerns, as clearly specified by the legislator, the adoption of a resolution on the result of the examination. The assessment made by examiners preceding the adoption of this resolution is of an expert nature, to which the reference to the procedure for making a decision on the examination result provided for in the Act may not apply. It is burdensome to adopt models appropriate for the procedure of applying the law when determining the assessment. Their application would require an adequate determination of the statutory criteria for giving individual assessments, which in the context of expert assessments seems infeasible. This is evidenced by the unambiguous admission by the legislator of the possibility of giving different grades by examiners based on the same material. In the process of applying the law, in the case of related

⁹ Judgement of the SAC 10 June 2015, II GSK 1155/14, Legalis No. 1395246.

¹⁰ Judgement of the SAC 19 March 2013, II GSK 2333/11, Legalis No. 666758; see: J. Lemańska, [in:] T. Scheffler (ed.), *Act on Attorneys-at-Law. Commentary*, Warsaw 2018, Legalis, Commentary on Art. 36⁶, para. No. 4.

decisions, such a situation would have to lead to the conclusion that at least one of the assessments (decisions) is determined in an incorrect manner. In this regard, it is difficult to agree with the standpoint presented in some decisions of administrative courts, which relate to the assessment determined by the examiner.¹¹

The above-mentioned allows critical reference to the part of the justification of the voted judgement in which the Supreme Administrative Court verifies the grades given by examiners within the examination procedure. In this respect, it goes beyond the scope of control provided for by the statutory regulation. This is because it does not allow for the verification of partial grades that – which is worth emphasizing once again – are expert assessments constituting the basis for adopting a resolution on the examination result by examination committees, but only for verifying whether, having at their disposal such expert assessments, most and foremost applying Art. 36⁶ of the AAL, the committee correctly used the provisions and adopted a resolution (in this case negative one) on the exam result. On the other hand, adopting the position presented in the justification of the voted judgement would lead to the result in which the expert assessment procedure would be essentially five-stage (examiner, examination committee, appeal examination committee, provincial administrative court, Supreme Administrative Court). Furthermore, from the academic point of view presented by the authors, they would not guarantee a factually correct assessment of the examination. Following this logic, administrative courts do not cover (when verifying administrative decisions on removal from the list of students) the validity of giving grades for individual exams obtained during the didactic process, which contributed to the occurrence of the condition specified in Art. 108 sec. 2 point 2 of the Act – Law on Higher Education¹² which is finding no progress in the learning process.

II. The education model of trainee attorneys

The second element of the considerations contained in this elaboration, and signalled in the introductory deliberations, is a general reflection on the statutory solutions in the field of preparation for exams conditioning the acquisition of the right to practice the profession of an attorney-at-law, or more broadly – the legal professions of public trust. It is hard to ignore this thread in the context of the analysed judgement, the issuance of which was the result of insufficient preparation of a person who passed the attorney-at-law examination, who had previously completed attorney-at-law training. One may even risk a claim (due to the fact that the claimant completed legal training) that the judgement should contribute to a broad discussion on the formula of postgraduate training for lawyers in general.

¹¹ Judgement of the PAC in Warsaw of May 9, 2019, VI SA/Wa 364/19, CBOSA (Central Base of Administrative Court Decisions).

¹² Act of July 20, 2018 – Law on Higher Education and Science (Dz.U. of 2021 item 478 with later amendments).

First of all, it should be pointed out, as S. Pawłowski and L. Staniszewska rightly emphasize, that the professional preparation of trainees in legal professions is closely related to the quality of the services provided in the future, which means that it directly impacts the better representation of the interests of the entities using them, and more broadly – to better protect the public interest.¹³ These authors point to a link of professional training with the public interest for a reason. As Art. 17 sec. 1 of the Constitution of the Republic of Poland¹⁴ states “Professional self-governments may be formed by way of legislation and be represented by persons performing professions of public trust and supervising the proper performance of these professions within the limits of the public interest and for its protection”. First of all, the task of self-governments is to represent persons practising the profession of public trust. Secondly, they are to supervise the proper performance of these professions within the limits of the public interest and for its protection.¹⁵

Currently, it is now assumed in the context of the cited constitutional regulation that both the education of trainees and, perhaps above all, the verification of their knowledge, are elements enabling the exercise of care that the self-governments of professions of public trust (including attorneys-at-law) are obliged to ensure in order to guarantee the proper performance of the profession. The legislator does not define the concept of “self-government supervision over the performance of the profession”. Although, it seems that it can be assumed that this formulation includes the possibility of influencing the self-government on the quality of professional services provided by members of a given corporation also by assessing their suitability (ability) to perform the profession.¹⁶ An inseparable part of the indicated ‘care’ is also the appropriate representation of the self-government in “conducting examinations deciding on the acquisition of the right to practice a profession by ensuring that self-government bodies participate in establishing the examination requirements and conducting the examination itself”.¹⁷ One should not lose sight of the fact that this care is not autotelic, but, in the present case, serves to ensure the legal security of individuals who can trust and entrust their cases to persons having the status of attorney-at-law.

It seems reasonable to note that obtaining the right to practise a profession must not always be preceded by training. The legislator also admits persons who have not

¹³ See S. Pawłowski, L. Staniszewska, *Training and professional development of attorney trainees – postulates de lege lata and de lege ferenda*, [in:] *Prospects for the development of legal self-governments*, Series: “Legal professions of public trust”, Volume I, ed. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020, p. 95.

¹⁴ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Dz.U. No. 78, item 483, as amended), hereinafter: Constitution of the Republic of Poland.

¹⁵ P. Klusek, *The state and the self-governments of public trust professions*, “Law and Administration Review” 2015, volume CIII (No. 3695), p. 76.

¹⁶ Cf. J. Murszewski, K. Rokicka-Murszewska, *Selected issues related to the path of a doctor of juridical science to the profession of attorney-at-law without attorney-at-law professional training*, [in:] *Prospects for the development of legal self-governments*, Series: “Legal professions of public trust”, Volume I, ed. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020, p. 113.

¹⁷ B. Banaszak, *The Constitution of the Republic of Poland. Commentary*, Warsaw 2012, Legalis, Commentary on Art. 17, para. No. 2 along with the judgement of the Constitutional Tribunal of 19 April 2006, K 6/06, OTK-A 2006, No. 4, item 45.

completed their training (Art. 25 sec. 2 of the AAL, e.g., doctors of law or attorneys-at-law of the General Prosecutor's Office of the Republic of Poland), as well as persons who, holding the appropriate qualifications, do not have to undergo examination verification. Nonetheless, these are exceptions to the rule and as such should not be extended. Apart from special cases enabling entry on the list of persons authorized to practice a legal profession without prior verification of their professional qualifications through a professional examination (i.e., persons referred to in Art. 25 sec. 1 of the AAL), it seems that it is the professional exam, in the case of an attorney-at-law, that is to be the key verification element in the acquisition of the qualifications necessary for the proper performance of the profession – both theoretical and practical, professional and ethical. “The difficulty level and the scope of the tasks in individual parts of the exam guarantee an appropriate selection of future attorneys-at-law”.¹⁸

Replacing the main path of access to the profession of attorney-at-law, which is the attorney-at-law training, with the examination itself, would not be the right solution. The attorney-at-law training should remain the core path to becoming an attorney-at-law. In this regard, the attorney-at-law training (each, but in particular, referring to the subject of a gloss – attorney-at-law) should be perceived more broadly – not only as a time of learning but also as a space to gain appropriate experience and practice as well as a time to become part of the local government community. The education process of a trainee attorney-at-law ought to be a full introduction to the profession of an attorney-at-law, so that individuals can entrust their cases to them with a sense of legal security, and that they will be professionally run. To this end, appropriate verification must be carried out, which now is in the form of an examination. The high level of requirements during the exam reinforces the legal security of individuals and their confidence that by requesting assistance from an attorney-at-law, they can expect the provision of services at an appropriate level. In the voted judgement, the exam candidate received an unsatisfactory grade in civil law. She made mistakes that, according to the examination committee, proved that she was not properly prepared to practise as an attorney-at-law, which was the primary objective of both the attorney-at-law training and the attorney-at-law examination. Through this prism – the common purpose of the training and the final examination, according to the legislator – should be to evaluate the training of lawyers and to strive for its best possible implementation in practice. This, indeed, serves to reinforce the legal state recognising a constitutional value (Art. 2 of the Constitution).

¹⁸ Cf. J. Murszewski, K. Rokicka-Murszewska, *Selected issues related to the path of a doctor of juridical science to the profession of attorney-at-law without attorney-at-law professional training*, [in:] *Prospects for the development of legal self-governments*, Series: “Legal professions of public trust”, Volume I, ed. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020, p. 118.

Bibliography

Literature

- Banaszak B., *The Constitution of the Republic of Poland. Commentary*, Warsaw 2012, Legalis.
- Kłusek P., *The state and the self-governments of public trust professions*, “Law and Administration Review” 2015, volume CIII (No. 3695).
- Lemańska J., [in:] *Act on Attorneys-at-Law. Commentary*, ed. by T. Scheffler, Warsaw 2018, Legalis.
- Murszewski J., Rokicka-Murszewska K., *Selected issues related to the path of a doctor of juridical science to the profession of attorney-at-law without attorney-at-law professional training*, [in:] *Prospects for the development of legal self-governments*, Series: “Legal professions of public trust”, Volume I, ed. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020.
- Pawłowski S., Staniszevska L., *Training and professional development of attorney trainees – postulates de lege lata and de lege ferenda*, [in:] *Prospects for the development of legal self-governments*, Series: “Legal professions of public trust”, Volume I, ed. P. Rączka, K. Rokicka-Murszewska, Toruń 2020.

Legal acts

- Act of 14 June 1960 – The Code of Administrative Procedure, Journal of Law of 2021, item 735, as amended.
- Act of 20 July 2018 – The Law on Higher Education and Science of 20 July 2018, Journal of Laws of 2021, item 478, as amended.
- Act of 30 August 2002 – The Law on Proceedings before Administrative Courts, Journal of Laws of 2022, item 329, as amended.
- Act of 6 July 1982 on attorneys-at-law, consolidated text published in Journal of Laws of 2020, item 75, as amended.
- Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws No. 78, item 483, as amended.

Judgements

- Judgement NSA of 10 July 2012, II GSK 195/12, Legalis nr 779461.
- Judgement NSA of 10 June 2015, II GSK 1155/14, Legalis nr 1395246.
- Judgement NSA of 12 August 2021, II GSK 1478/18, CBOSA.
- Judgement NSA of 19 March 2013, II GSK 2333/11, Legalis nr 666758.
- Judgement NSA of 24 November 2021, II GSK 411/18, Legalis nr 2643578.
- Judgement NSA of 8 August 2012, II GSK 1037/12, CBOSA.
- Judgement WSA in Warsaw of 5 February 2020, VI SA/Wa 2379/19, Legalis nr 2392313.
- Judgement WSA in Warsaw of 9 May 2019, VI SA/Wa 364/19, CBOSA.

LISTA RECENZENTÓW (w porządku alfabetycznym)

- » dr Michał Araszkiewicz r.pr., Uniwersytet Jagielloński;
- » dr hab. Małgorzata Balwicka-Szczyrba r.pr., Uniwersytet Gdański;
- » prof. dr hab. Krzysztof Baran, Uniwersytet Jagielloński;
- » dr hab. Jacek Barcik, prof. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
- » dr hab. Mateusz Błachucki, Polska Akademia Nauk;
- » prof. dr hab. Łukasz Błaszczak r.pr., Uniwersytet Wrocławski;
- » dr hab. Joanna Bodio r.pr., Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie;
- » dr hab. Monika Bogucka-Felczak, prof. Uniwersytetu Łódzkiego;
- » dr Teodor Bulenda, Uniwersytet Warszawski;
- » dr hab. Piotr Chlebowicz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » prof. dr hab. Marek Chmaj r.pr., SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie, Polska Akademia Nauk;
- » prof. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean, Uniwersytet Gdański;
- » dr Ziemowit Cieślik r.pr., Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie;
- » dr Katarzyna Dadańska r.pr., Uniwersytet Szczeciński;
- » dr hab. Jarosław Dobkowski, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie;
- » dr hab. Grzegorz Dobrowolski, prof. nadzw. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
- » dr hab. Michał Domagała, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie;
- » dr hab. Monika Florczak-Wątor, prof. nadzw. Uniwersytetu Jagiellońskiego;
- » dr hab. Kamil Frąckowiak, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Teresa Gardocka, prof. Uniwersytetu SWPS w Warszawie;
- » dr hab. Izabella Gil r.pr., prof. Uniwersytetu Wrocławskiego;
- » dr hab. Marcin Glicz, prof. Akademii Pomorskiej w Słupsku;
- » dr hab. adw. Witold M. Góralski, prof. Akademii Ekonomiczno-Humanistycznej w Warszawie;
- » dr hab. Marcin Górski r.pr., Uniwersytet Łódzki, Polska Akademia Nauk;
- » dr hab. Filip Grzegorzcyk, prof. nadzw. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie;
- » prof. dr hab. Stanisław Hoc, Uniwersytet Opolski;
- » dr hab. prof. UŁ Jacek Izydorzycy, prof. Uniwersytetu Łódzkiego;
- » dr hab. Marlena Jankowska-Augustyn, prof. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
- » dr Tomasz Jaroszyński r.pr., Politechnika Warszawska;
- » dr Dariusz Kała, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie;
- » dr hab. Dorota Karkowska, Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego;
- » dr hab. Przemysław Kledzik r.pr., Uniwersytet Szczeciński;
- » dr Michał Kobylarz r.pr., Uniwersytet Jagielloński;
- » prof. dr hab. Radosław Koper, Uniwersytet Śląski w Katowicach;
- » dr Patrycja Kozłowska-Kalisz r.pr., Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie;
- » dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel r.pr., Polska Akademia Nauk;
- » dr hab. Monika A. Król, prof. Uniwersytetu Łódzkiego;
- » dr hab. Ewa Kruk, prof. Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie;
- » dr Michał Krzykowski r.pr., Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Adam Kwieciński, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego;

- » dr hab. Agnieszka Laskowska-Hulisz, prof. Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu;
- » prof. dr hab. Zbigniew Lasocik, Uniwersytet Warszawski;
- » dr hab. Jerzy Leszczyński r.pr., prof. Uniwersytetu Łódzkiego;
- » dr hab. Wojciech Lis, prof. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Lublinie;
- » dr Piotr Lissoń, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- » dr hab. Anna Machnikowska, prof. Uniwersytetu Gdańskiego;
- » dr hab. Dariusz Makilla, prof. nadzw. Wyższej Szkoły Finansów i Zarządzania w Warszawie;
- » prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Uniwersytet w Białymstoku;
- » dr Michał Mariański, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Krystian Markiewicz, prof. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
- » dr Wojciech Maruchin, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie;
- » dr Przemysław Mijal r.pr., Uniwersytet Szczeciński;
- » dr hab. Alina Miruć, prof. Akademii Ekonomiczno-Humanistycznej w Warszawie;
- » dr hab. Adam Niewiadomski, prof. Uniwersytetu Warszawskiego;
- » dr hab. Jan Olszewski, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego;
- » dr Beata Pachuca-Smulska r.pr., Politechnika Warszawska;
- » dr hab. Bogumił Pahl, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie;
- » prof. Ferdinando Parente, Ph.D., Università degli Studi di Bari „Aldo Moro”, Włochy;
- » dr hab. Piotr Piniór, prof. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
- » dr hab. Ryszard Piotrowski, prof. Uniwersytetu Warszawskiego;
- » prof. dr hab. Andrzej Powałowski, Uniwersytet Gdański;
- » dr hab. Piotr Prusinowski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Maciej Rzewuski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Janusz Sawicki, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego;
- » dr hab. Iwona Sierpowska, prof. SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego we Wrocławiu;
- » prof. dr hab. Bronisław Sitek, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie;
- » dr hab. Paweł Sitek, prof. Akademii Ekonomiczno-Humanistycznej w Warszawie;
- » dr hab. Jędrzej Skrzypczak r.pr., prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- » prof. dr hab. Jacek Sobczak, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- » dr Justyna Stadniczeńko, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie;
- » prof. dr hab. Kazimierz Strzykowski, Uniwersytet Łódzki;
- » dr hab. Robert Suwaj, prof. Politechniki Warszawskiej;
- » dr Dariusz Szafrąński, Uniwersytet Warszawski;
- » dr hab. Helena Szewczyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach;
- » dr hab. Renata Świrgoń-Skok, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego;
- » prof. dr hab. Elżbieta Ura, Uniwersytet Rzeszowski;
- » dr hab. Michał Wojewoda r.pr., prof. Uniwersytetu Łódzkiego;
- » dr Magdalena Wróbel r.pr., Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie;
- » dr Krzysztof Wygoda, Uniwersytet Wrocławski;
- » dr hab. Piotr Zacharczuk, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie;
- » prof. dr hab. Robert Zawłocki, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- » dr Krystyna Ziółkowska, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie;
- » dr hab. Łukasz Żarnowiec, prof. Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

Kwartalnik „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” jest czasopismem naukowym samorządu radców prawnych. Jego misją jest tworzenie przestrzeni do refleksji naukowej na temat zagadnień prawnych istotnych z perspektywy radców prawnych i ich samorządu zawodowego, jak też platformy upowszechniania wyników badań z zakresu nauk prawnych prowadzonych przez radców prawnych i aplikantów radcowskich. Celem periodyku jest zapewnienie radcom prawnym i aplikantom radcowskim udziału w prowadzonej w nauce dyskusji nad zagadnieniami prawnymi, jak też powszechnego dostępu (*open access*) do aktualnych wyników badań nad kwestiami istotnymi tak teoretycznie, jak i praktycznie z perspektywy wykonywanego przez nich zawodu. Czasopismo jest społecznie zaangażowane i odpowiedzialne – służy pogłębieniu refleksji nad aktualnymi problemami prawnymi kluczowymi dla funkcjonowania państwa i społeczeństwa, w których rozwiązaniu mogą mieć udział radcowie prawni. Publikowane są w nim oryginalne, recenzowane prace naukowe dotyczące zagadnień ze wszystkich gałęzi prawa, w szczególności związane z praktycznymi i doktrynalnymi aspektami wykonywania zawodu radcy prawnego, tradycją świadczenia pomocy prawnej, funkcjonowaniem samorządów zaufania publicznego i statusem ich członków, odpowiedzialnością dyscyplinarną i orzecznictwem w sprawach dyscyplinarnych radców prawnych, a także przeglądy i analizy orzeczeń sądów i trybunałów. W kwartalniku „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” publikowane są w szczególności prace naukowców, radców prawnych i aplikantów radcowskich, a także innych osób, po spełnieniu stawianych dla tych prac wymagań określonych przez kolegium redakcyjne.

Punkty MEiN: 40

- » Redakcja kwartalnika „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” stosuje zasady etyki publikacyjnej, mające na celu przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom publikacyjnym, w szczególności zgodne z wytycznymi Komitetu do spraw Etyki Publikacyjnej (COPE – Committee on Publication Ethics), <https://publicationethics.org>.
- » Kolegium redakcyjne kwartalnika „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” w swojej pracy stale czuwa nad przestrzeganiem przyjętych zasad etycznych i metod pracy naukowej oraz przeciwdziałania praktykom, które nie są zgodne z tymi zasadami.
- » Do druku przyjmowane są wyłącznie prace twórcze i oryginalne. Prace zgłaszane do kwartalnika (opracowania dotyczące tego samego lub zbliżonego zagadnienia i tego samego autora) nie mogą być zgłoszone do publikacji w innym czasopiśmie lub publikacji, pod rygorem odmowy publikacji opracowań danego autora na łamach kwartalnika. W czasopiśmie nie publikuje się prac już wcześniej opublikowanych; wyjątki od tej zasady może dopuścić redaktor naczelny.
- » Kolegium redakcyjne wykrywa i dokumentuje wszelkie przejawy naruszenia zasad etycznych w nauce, w tym przypadki nierzetelności badawczej i naukowej.
- » Publikacji podlegają tylko prace własne autorów. *Ghostwriting* i *guest/honorary authorship* są na łamach kwartalnika „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” niedopuszczalne. Plagiat czy inne naruszenia praw autorskich lub etyki bądź rzetelności badawczej skutkują odmową publikacji opracowań danego autora na łamach kwartalnika oraz zawiadomieniem właściwych podmiotów i organów, w tym przypadku radców prawnych, i odpowiedzialnością dyscyplinarną. W przypadku stwierdzenia wskazanych naruszeń względem tekstu opublikowanego kolegium redakcyjne wycofuje wersję elektroniczną opracowania z otwartego dostępu, jak również publikuje informację o stwierdzonym naruszeniu w najbliższym wydaniu drukowanym.
- » W przypadku finansowania danej publikacji ze źródeł zewnętrznych (np. grantu) autor obowiązany jest podać to źródło.
- » Kwartalnik nie publikuje glos do orzeczeń autorów, którzy brali udział w postępowaniach, w których głosowane orzeczenie zapadło.
- » Prace współautorskie powinny zostać opatrzone wskazaniem procentowym wkładu każdego autora w publikację.
- » Autorzy są obowiązani zachować najwyższe standardy obiektywności, rzetelności i staranności badawczej i metodologicznej, w szczególności biorą odpowiedzialność za treść opracowania swojego autorstwa, w tym aktualność i prawidłowość przywołanych regulacji prawnych, danych statystycznych, orzecznictwa i poglądów doktryny.

- » Fragmenty inspirowane innymi materiałami, w tym artykułami, opracowaniami i orzeczeniami, muszą być opatrzone przez autora odpowiednim przypisem. Przypisy powinny umożliwić ustalenie źródła i dotarcie do niego. Cytaty powinny być wyraźnie zaznaczone. Wyniki przeprowadzonych badań muszą być weryfikowalne. Źródła internetowe powinny być opatrzone datą dostępu.
- » Powielanie lub parafrazowanie własnych treści wcześniej przez autora opublikowanych jest niedopuszczalne, chyba że na zasadach cytatu opatrzonego przypisem. Nadmierna skala autocytowań może uzasadniać odmowę przyjęcia publikacji.
- » Autor, przekazując opracowanie, zapewnia, że przekazane prawa autorskie do utworu w dacie jego przyjęcia przez redakcję nie będą ograniczone jakimikolwiek prawami osób trzecich, korzystanie z utworu i rozporządzanie nim przez wydawcę nie będzie naruszać dóbr osobistych ani praw osób trzecich.
- » Autorzy zobowiązani są wymienić w bibliografii załącznikowej źródła (publikacje, orzeczenia), które zostały przez nich wykorzystane przy tworzeniu opracowania.
- » Z autorami zawierane są umowy wydawnicze.
- » Do publikacji może zostać skierowane opracowanie naukowe, w szczególności artykuł naukowy lub glosa, wyłącznie w przypadku uzyskania recenzji pozytywnej, jak też pozytywnej oceny ze strony kolegium redakcyjnego, a w przypadku jego ustanowienia – także redaktora tematycznego.
- » Kolegium redakcyjne zastrzega sobie prawo odmowy skierowania do recenzji i przyjęcia do publikacji opracowania, które narusza niniejsze zasady lub nie odpowiada profilowi tematycznemu czasopisma lub jego celom i misji bądź gdy staranność i poziom opracowania (jakość naukowa), w tym rzetelność jego przygotowania, nie odpowiadają poziomowi naukowemu wymaganemu dla publikacji na łamach kwartalnika.
- » Decyzja o przyjęciu do druku i publikacji opracowania zależy od jego wartości naukowej, oryginalności ujęcia problemu, przejrzystości i rzetelności wyводу, zgodności z profilem tematycznym czasopisma oraz od znaczenia prawnego, społecznego, naukowego lub zawodowego danego zagadnienia.
- » Kwestie niemerytoryczne, w tym cechy osobiste autora, nie mają wpływu na decyzję o publikacji lub odmowie publikacji opracowania na łamach kwartalnika (zasada fair play).
- » Na łamach kwartalnika są publikowane uzasadnione sprostowania, erraty, wyjaśnienia lub przeprosiny.
- » Autor powinien niezwłocznie powiadomić kolegium redakcyjne o zauważonych istotnych błędach w swojej publikacji.
- » Informacja o tym, kto recenzował dane opracowanie, nie jest upubliczniana ani udostępniana, w tym autorom.
- » Lista recenzentów współpracujących z czasopismem w danym okresie publikowana jest zarówno na stronie internetowej czasopisma, jak i w jego wersji drukowanej.
- » Informacje o złożonym opracowaniu są udostępniane wyłącznie członkom kolegium redakcyjnego, osobom obsługującym czasopismo, recenzentom i kandydatom na recenzenta oraz wydawcy.
- » Jakikolwiek informacje zawarte w propozycji publikacji, która nie została przyjęta do druku na łamach kwartalnika, nie mogą być wykorzystane przez osoby, którym

informacje te w ramach prac kwartalnika zostały udostępnione, chyba że autor wyrazi na to pisemną zgodę.

- » Redakcja nie wyznacza na recenzentów osób, co do których bezstronności, obiektywności lub fachowości mogą zachodzić wątpliwości, w szczególności pozostających z autorem opracowania w zależności zawodowej lub osobistej.
- » Kolegium redakcyjne wyznacza co najmniej jednego recenzenta dla zgłoszonego opracowania spośród osób nieznajdujących się w konflikcie interesu z autorem opracowania.
- » Do recenzowania opracowania wyznaczane są wyłącznie osoby będące w świetle swojego dorobku naukowego specjalistami z zakresu, którego dotyczy recenzowane opracowanie.
- » Recenzent wskazuje, że praca nadaje się do publikacji albo że praca zasługuje na publikację po poprawkach, albo że wymaga dopracowania i ponownej recenzji, albo że praca nie nadaje się do publikacji. Recenzent informuje kolegium redakcyjne o wszelkich podejrzeniach nierzetelności naukowej w związku z recenzowanym tekstem, w szczególności plagiatu.
- » Recenzent jest obowiązany sporządzić recenzję niezwłocznie, nie później niż przed upływem ustalonego terminu. W razie prawdopodobieństwa jakichkolwiek opóźnień powinien uprzedzić o nich kolegium redakcyjne.
- » Akceptowane są tylko recenzje staranne, fachowe, uargumentowane względem każdej uwagi, obiektywne i z jasną konkluzją. Recenzja stanowi ocenę opracowania – niedopuszczalna jest krytyka jej autora. Ewentualne poprawki powinny być wskazywane przez recenzenta w sposób precyzyjny. Recenzja niespełniająca tych standardów podlega zwrotowi do recenzenta w celu poprawy.
- » Gdy jest to zasadne, recenzent może zasugerować wykorzystanie przez autora dodatkowo konkretnych źródeł (np. publikacji), niewspomnianych w przekazanym opracowaniu.
- » Opracowanie jest przekazywane tylko do wiadomości recenzenta. Recenzent jest zobowiązany do poufności – nie jest upoważniony do dalszego udostępniania otrzymanego opracowania.

Zasady ogólne

1. Redakcja przyjmuje, odpowiadające misji i celom czasopisma, oryginalne artykuły naukowe o objętości od 25 000 do 42 000 znaków ze spacjami. Wymagania co do objętości tekstu nie dotyczą polemik, glos, sprawozdań, recenzji, przy czym nie powinny one przekraczać objętości artykułu naukowego.
2. Za publikację artykułu lub glosy na łamach kwartalnika „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” autor otrzymuje wynagrodzenie zgodne z zasadami obowiązującymi w chwili przyjęcia do druku.
3. Tekst powinien mieć wyraźnie zaznaczony podział na podrozdziały, podsumowanie oraz przypisy. Fragmenty wewnętrzne tekstu nie powinny być pogrubione.
4. Przesłany tekst powinien być w części merytorycznej wyjustowany.
5. Glosa powinna również posiadać tytuł oraz mieć wyróżnioną zwięzłą tezę głosowanego orzeczenia. W przypadku, gdy tezę wyróżnił sam glosator, powinno zostać to zaznaczone w przypisie. Należy zaznaczyć, czy glosa ma charakter aprobujący, częściowo krytyczny, częściowo aprobujący czy krytyczny.
6. Niedopuszczalne jest złożenie glosy w sprawie, w której autor glosy brał udział.
7. Do artykułu należy dołączyć:
 - a) streszczenie w języku polskim i angielskim, poprzedzone tytułem w języku polskim oraz w języku angielskim – o objętości do 1500 znaków ze spacjami (streszczenie nie powinno zawierać wyrażen w metajęzyku – np. „autor stoi na stanowisku...”, „artykuł opisuje...”),
 - b) słowa kluczowe – od 3 do 5 (w języku polskim i angielskim),
 - c) wykaz literatury w układzie alfabetycznym (przywołaną w przypisach zgłoszonego tekstu) oraz orzecznictwa w układzie chronologicznym dla poszczególnych sądów i trybunałów,
 - d) podanie źródła finansowania, jeśli niezbędne jest jego zaznaczenie (np. grant, stypendium).
8. Autor powinien podać nr ORCID oraz afiliację (jeżeli istnieje taka możliwość). Autor może także podać adres poczty elektronicznej do kontaktu, który zostanie opublikowany.
9. Autorzy prac zakwalifikowanych do wydania muszą nadesłać podpisane oświadczenia o nienaruszaniu praw osób trzecich, a także – w przypadku współautorstwa – wskazać wkład w powstanie publikacji każdego ze współautorów.

Wymogi redakcyjne

Ogólne

1. Czcionka:
 - a) tekst główny – Times New Roman 12 punktów, wyjustowany;
 - b) tekst przypisów – Times New Roman 10 punktów, wyjustowany;
 - c) numery stron – Times New Roman 10 punktów, w prawym dolnym rogu.
2. Zwroty w języku obcym zaznaczyć kursywą.
3. Stosować pełne imiona w całym tekście głównym (w przypisach inicjały); nie należy dodawać spacji między inicjałami.
4. Cytowane fragmenty powinny być umieszczone w cudzysłowie (bez kursywy)

Przypisy

1. Jednolite w całym tekście.
2. Przypis należy stawiać przed kropką kończącą zdanie lub w innym odpowiednim miejscu w zdaniu. Nie należy stawiać przypisu po kropce kończącej zdanie.
3. Przypis należy rozpoczynać zawsze wielką literą. Kropka na końcu każdego przypisu.
4. Jeżeli źródło wskazane w przypisie jest przywoływane pogładowo, wówczas należy poprzedzić przywołanie skrótem „Zob.”. Jeśli przywoływane jest porównawczo lub polemicznie, wówczas należy zastosować skrót „Por.”. W przypadku wiernego przywołania (cytowania), przypisu nie należy poprzedzać wskazanymi skrótami.
5. W przypadku publikacji obcojęzycznej w alfabecie innym niż łaciński należy podać tytuł transkrybowany na alfabet łaciński, a w nawiasie obok zamieścić tytuł w alfabecie oryginalnym.
6. Przypisy literaturowe:
 - a) MONOGRAFIE: inicjał imienia autora; podwójne inicjały bez spacji (M.J. Nowak); nazwisko; tytuł kursywą (bez cudzysłowu), miejsce i rok wydania; numer strony:

Ł. Kobroń-Gąsiorowska, *Modele ochrony whistleblowera (sygnalisty)*, Warszawa 2022, s. 77.
 - b) ROZDZIAŁ W PRACY ZBIOROWEJ: kolejność elementów jak przy monografiach, [w:] w nawiasie kwadratowym:

E. Gruza, *Instytucje specjalistyczne jako podmiot opiniujący*, [w:] *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa profesora Huberta KołECKIEGO*, red. E. Gruza, Warszawa 2013, s. 100.

L. StaniszeWSKA, *Postępowania administracyjne w sprawie nakładania administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Tom IV. Postępowania autonomiczne i szczególne. Postępowania niejurysdykcyjne*, red. A. Matan, Warszawa 2021, s. 773.

- c) SYGNALIZACJA AUTORSTWA W MONOGRAFII WIELOAUTORSKIEJ (KOMENTARZU): kolejność elementów jak przy rozdziale w pracy zbiorowej:

T. Demendecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2019, s. 56.

A. Sypnicki, *Art. 7*, [w:] *Specustawa mieszkaniowa. Komentarz*, red. A. Jakubowski, Warszawa 2019, s. 121.

- d) CZASOPISMA: nazwa czasopisma w cudzysłowie, następnie rok i oznaczenie numeru/zeszytu/tomu, strona; nie stosujemy skrótów czasopism, np.

W. Radecki, *Koncepcja odpowiedzialności prawnej w ustawie z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska*, „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka” 2001, nr 3, s. 17.

M. Wilejczyk, *O szkodliwości wysokich kar umownych*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 1, s. 27–32.

G. Heleniak, E. Talma-Pogrzebska, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 listopada 2020 r. (sygn. akt II GSK 833/20)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2021, nr 5, s. 172–173.

A. Orzeł, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015, nr 6, poz. 56, s. 858–865.

- e) POZYCJE (KOMENTARZE, ARTYKUŁY) Z LEXA I LEGALISA: zasady jak powyżej; jeśli nie jest znane miejsce wydania, to pomijamy tę pozycję; jeśli nie jesteśmy w stanie podać numeru strony, należy podać możliwie dokładne odesłanie do rozdziału, podrozdziału, punktu, numeru tezy, numeru bocznego, np.:

M. Kuliński, *Prawa autorskie w budownictwie*, [w:] *Bezpieczeństwo umów w procesie budowlanym*, red. M. Kuliński, 2016, Legalis, podrozdział 1.

K. Rokicka-Murszewska, [w:] *Specustawa mieszkaniowa. Komentarz*, red. A. Jakubowski, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 2, Nb 3.

M. Wałachowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Frasz, M. Habdas, 2018, LEX/el, komentarz do art. 449, pkt 3.

- f) AKTY PRAWNE:

Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1166).

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.).

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 czerwca 2017 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu administracyjnym (Dz.U. poz. 1088).

Uchwała nr XXXVIII/288/22 Rady Gminy Laskowa z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie: nadania statutu Środowiskowemu Domowi Samopomocy w Ujanowicach (Dz.Urz.Woj.Małop. z 2022 r. poz. 4510).

g) ORZECZENIA: określenie formy orzeczenia, data, sygnatura (bez stosowania skrótu „sygn.”), miejsce publikacji; w przypadku uchwał można dodać w nawiasie wskazanie, w jakim składzie uchwała została wydana.

Wyrok TK z dnia 18 maja 2005 r., K 16/04, OTK 2005, seria A, nr 5, poz. 51.

Uchwała (3 sędziów) SN z dnia 28 maja 2021 r., OSNC 2021, nr 11, poz. 72.

Uchwała (pełnego składu) NSA z dnia 26 października 2009 r., I OPS 10/09, ONSAiWSA 2010, nr 1, poz. 1.

Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 22 października 2019 r., II SA/Gl 803/19, LEX nr 2734899.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 12 lutego 2019 r., II SA/Bd 1262/19, CBOSA.

Wyrok ETPCz z dnia 29 marca 2011 r. w sprawie Potomska i Potomski przeciwko Polsce, skarga nr 33949/05, LEX nr 784737, z glosą D. Sześciło, „Samorząd Terytorialny” 2011, nr 9, s. 81–83.

Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z dnia 28 lipca 2009 r., WN.I.-6.0912-3/2009, Dz.Urz.Woj.Włkp. 2009, nr 153, poz. 2647.

h) ŹRÓDŁA INTERNETOWE: inicjał imienia i nazwisko autora, tytuł artykułu, datę publikacji (jeśli to możliwe do określenia); link (bez hiperłącza), data dostępu, np.

J. Parafianowicz, *Banan w teczce – blichtr u prawników*, 1.08.2021 r., <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art16892101-joanna-parafianowicz-banan-w-teczce-blichtr-u-prawnikov>, dostęp: 15.07.2022 r.

Ł. Staszewski, *Protesty społeczne po decyzji ws. aborcji. RPO przypomina rządzącym standardy zgromadzeń spontanicznych*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/protesty-po-decyzji-aborcji-rpo-przypomina-rzadzacy-standardy>, dostęp: 15.07.2022 r.

Skracanie przypisów i skróty

1. Stosujemy skróty *ibidem*, *idem*, *eadem*, *passim* (kursywą), np.
 - a) *Ibidem*, s. 373.
 - b) W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2018, *passim*.
2. Nie stosujemy skrótu *op. cit.* Skróty tytułu podawać z wielokropkiem, np.
 - a) Ł. Kobrań-Gąsiorowska, *Modele ochrony...*, s. 36.
3. Stosować skróty ustaw w formie następującej: k.p.a., k.c., k.p.c., k.k., u.p.z.p., u.p.e.a. itd.

Bibliografia

1. Wykaz wykorzystanej literatury umieszczamy na końcu tekstu (bez aktów prawnych, orzecznictwa, innych dokumentów).

2. Każda pozycja zakończona kropką.
3. Nie należy podawać numerów stron.
4. Kolejność – alfabetyczna według nazwiska, np.

Kobroń-Gąsiorowska Ł., *Modele ochrony whistleblowera (sygnalisty)*, Warszawa 2022.

Leoński Z., Szewczyk M., Kruś M., *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2019.

Łaguna Ł., *Status prawny sygnalisty na gruncie dyrektywy 2019/1937*, [w:] *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące osób zgłaszających nieprawidłowości*, red. B. Baran, M. Ożóg, Warszawa 2021.

Małyśa-Sulińska K., *Dobre sąsiedztwo jako przesłanka wydania decyzji o warunkach zabudowy*, „Casus” 2009, nr 1.

5. W przypadku wykazu orzeczeń, należy je podawać w kolejności alfabetycznej dla poszczególnych sądów i trybunałów, poczynając od trybunałów zagranicznych, przez TK, SN, NSA, WSA, SA, SO, SR, orzeczenia organów administracji.

Zgłoszenia

1. **Kartę zgłoszenia** publikacji zawierającą stosowne oświadczenie i informację można pobrać ze strony: <https://kirp.pl/wydawnictwa-krajowej-rady-radcow-prawnych>.
2. Teksty w wersji elektronicznej, wraz z kartą zgłoszenia publikacji, prosimy kierować na adres e-mail: radca.prawny@kirp.pl lub zgłaszać poprzez panel redakcyjny dostępny pod adresem: <https://ojs.ejournals.eu/Radca-Prawny>.

Radca Prawny. Zeszyty Naukowe | Attorney-at-Law. Law Review
Kwartalnik naukowy Scientific quarterly

Punkty MEiN: 40

MEiN Points: 40

<https://kwartalnikradcaprawny.kirp.pl/>

<https://www.ejournals.eu/Radca-Prawny/>

Wydawca | Publisher

Krajowa Izba Radców Prawnych
ul. Powązkowska 15
01-797 Warszawa
e-mail: radca.prawny@kirp.pl

Redaktor koordynator | Coordinating editor

Klara Szczęsnowicz

Abstrakty i słowa kluczowe w języku angielskim | Abstracts and keywords in English

Piotr Brodowski

Korekta | Text editing

Aleksandra Sachanowicz-Wrzal
Anna Śleszyńska

DTP, layout i projekt okładki | DTP, layout and cover design

Aleksandra Snitsaruk

Druk | Printing

Wiedza i Praktyka

© Copyright by Krajowa Izba Radców Prawnych
Warszawa 2022

ISSN 2392-1943



ISSN 2392-1943



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH



LAT

SAMORZĄDU RADCÓW
PRAWNYCH 1982-2022